



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Universidad del Perú. Decana de América

Dirección General de Estudios de Posgrado
Facultad de Derecho y Ciencia Política
Unidad de Posgrado

**La determinación judicial de la pena en el proceso
penal peruano; a propósito de la inoperatividad
funcional del esquema de determinación de la pena
establecida en el Código Penal de 1991**

TESIS

Para optar el Grado Académico de Magíster en Derecho con
mención en Ciencias Penales

AUTOR

Jhonny Carlos GARCÍA AQUINO

ASESOR

Ricardo Alberto BROUSSET SALAS

Lima, Perú

2017



Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual - Sin restricciones adicionales

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>

Usted puede distribuir, remezclar, retocar, y crear a partir del documento original de modo no comercial, siempre y cuando se dé crédito al autor del documento y se licencien las nuevas creaciones bajo las mismas condiciones. No se permite aplicar términos legales o medidas tecnológicas que restrinjan legalmente a otros a hacer cualquier cosa que permita esta licencia.

Referencia bibliográfica

García, J. (2017). *La determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano; a propósito de la inoperatividad funcional del esquema de determinación de la pena establecida en el Código Penal de 1991*. [Tesis de maestría, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado]. Repositorio institucional Cybertesis UNMSM.



Universidad Nacional Mayor de San Marcos

(Universidad del Perú, DECANA DE AMÉRICA)

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA

Unidad de Post Grado

ACTA DE GRADO DE MAGÍSTER EN DERECHO

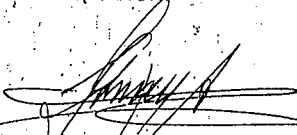
En la ciudad de Lima, a los quince días del mes de junio del año dos mil diecisiete, siendo las dieciséis horas, bajo la Presidencia del Dr. Germán Small Arana y con la asistencia de los Profesores: Mg. Ricardo Alberto Brousset Salas, Dr. Silfredo Jorge Hugo Vizcardo, Dr. Raúl Belealdo Pariona Arana, Mg. Alonso Raúl Peña Cabrera Freyre y el postulante al Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales Bachiller Jhonny Carlos GARCÍA AQUINO, procedió a hacer la exposición y defensa pública de su tesis titulada: "LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PROCESO PENAL PERUANO: A PROPÓSITO DE LA INOPERATIVIDAD FUNCIONAL DEL ESQUEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA ESTABLECIDA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991".

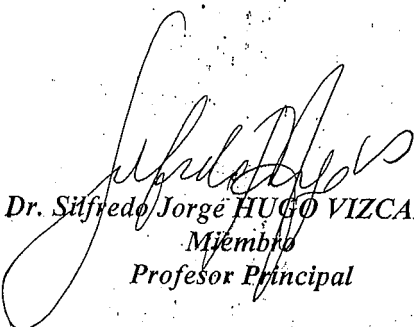
Concluida la exposición, se procedió a la evaluación correspondiente, habiendo obtenido la siguiente calificación:


APROBADO CON LA NOTA (14) catorce

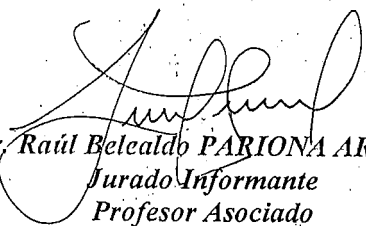
A continuación el Presidente del Jurado recomienda a la Facultad de Derecho y Ciencia Política se le otorgue el Grado Académico de Magíster en Derecho con mención en Ciencias Penales al Bachiller en Derecho Jhonny Carlos GARCÍA AQUINO.

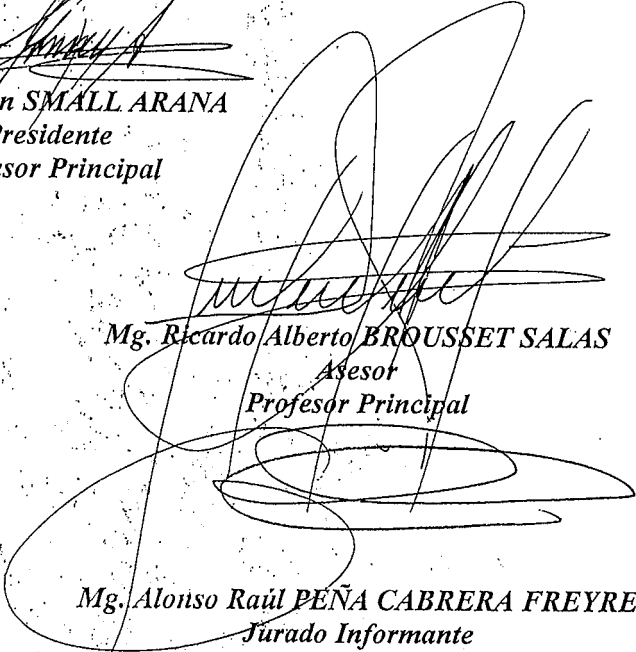
Se extiende la presente Acta en tres originales y siendo las diecisiete horas con treinta minutos, se dio por concluido el acto académico de sustentación.


Dr. Germán SMALL ARANA
Presidente
Profesor Principal


Dr. Silfredo Jorge HUGO VIZCARDO
Miembro
Profesor Principal


Mg. Ricardo Alberto BROUSSET SALAS
Asesor
Profesor Principal


Dr. Raúl Belealdo PARIONA ARANA
Jurado Informante
Profesor Asociado


Mg. Alonso Raúl PEÑA CABRERA FREYRE
Jurado Informante
Profesor Contratado

DEDICATORIA:

Dedico la presente tesis al doctor Ricardo Adalberto Brousset Salas, a la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Lima, a los fiscales (superiores) especializados en materia penal del Ministerio Público peruano, a la Academia de la Magistratura peruana, en general a toda la comunidad de operadores jurídico-penales, toda vez que colaboraron a la finalización plena de la presente tesis.

AGRADECIMIENTO:

Agradezco, por la finalización exitosa de la presente tesis, a todas las personas que contribuyeron de la alguna manera a este fin, entre estos al asesor de tesis, doctor Ricardo A. Brousset Salas, a los profesores de seminario de tesis de la Facultad de Letras y Ciencias Humanas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, entre otras personas (naturales y jurídicas).

ÍNDICE

DEDICATORIA	II
AGRADECIMIENTO	III
RESUMEN	XVII
ABSTRACT	XXIV
ABREVIATURA	XXXI
I. INTRODUCCIÓN	XXXIII
A). Planteamiento y Justificación de la Investigación y los Objetivos	XXXIII
B). Metodología y Estructura de la Investigación y la Muestra	XXXVIII
CAPÍTULO I: DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LOS PRINCIPALES INSTITUTOS JURÍDICO-PENALES COMPRENDIDOS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN	
1. Aspectos Generales	1
2. La Pena	5
2.1 Fundamento Constitucional de la Pena	6
2.1.1 La Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho y en un Estado Constitucional de Derecho	9
2.2 Teorías de la Pena	12
2.2.1 La Teoría Absoluta	12
A). La Teoría Retributiva	12
2.2.2 La Teoría Relativa (Preventiva)	14
A) La Teoría de la Prevención General Negativa	15

B) La Teoría de la Prevención General Positiva.....	16
C) La Teoría de la Prevención Especial Positiva.....	18
D) La Teoría de la Prevención Especial Negativa.....	19
2.2.3 La Teoría Mixta o Ecléctica de la Unión [Excurso Teoría Dialéctica de Roxin]	19
2.3. Posición del Tribunal Constitucional Peruano Respecto de la Pena	22
3. Determinación Judicial de la Pena	24
3.1 Función de la Determinación Judicial de la Pena	28
4. La culpabilidad en la Determinación Judicial de la Pena	29
5. Teorías de Determinación Judicial de la Pena.....	33
a) Teoría del Ámbito de Juego	34
b) Teoría de la Pena Exacta o Puntual	36
c) Teoría del Acto de Gestación Social	37
d) Teoría del Valor Jerárquico del Empleo	38
e) Teoría de la Proporcionalidad con el Hecho	40
f) Teoría de la Retribución de la Culpabilidad por el Hecho	42
6. Modelos de Determinación [Judicial] de la Pena	44
a. El Modelo de Tabulación de Agravantes y Atenuantes con Penas Fijas	45
b. El Modelo o Sistema de Tabulación con Señalamiento de Criterios Generales de Tasación, Seguido de Atenuantes y Agravantes con Penas Flexibles	45
c. El Modelo de Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales	45
d. El Modelo de Tabulación de Circunstancias con Penas Relativamente Rígidas.....	46
e. El Modelo con Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales, con Atenuantes Genéricas no Especificadas.....	46

f. Modelo o Sistema de Criterios Generales o Fórmulas Sintéticas con	
Penas Flexibles.....	47
7. Determinación Judicial de la Pena en el Concurso de Delitos.....	48
7.1 Concurso Real de Delitos	49
7.2 Concurso Real Retrospectivo	52
7.3 Concurso Ideal de Delitos	53
8. La Determinación Judicial de la Pena en el Derecho Comparado	55
8.1 Aspectos Generales	55
8.2 La Determinación de la Pena en España (Código Penal de 1995)	56
8.3 La Determinación de la Pena en Argentina (Código Penal de 1921)	61
8.4 La Determinación de la Pena en Colombia (Código Penal de 2000)	65
8.5 La Determinación de la Pena en Alemania (Código Penal de [1975])	70

CAPÍTULO II: LA MOTIVACIÓN DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Aspectos Generales	75
2. La Motivación Judicial en el Ordenamiento Jurídico Peruano	77
3. Requisitos de la Motivación Judicial	84
4. La Motivación Judicial como Imperativo Constitucional	89
4.1 La Motivación de la Sentencia Penal.....	92
5. El Control de la Motivación de la Sentencia Penal Condenatoria	95
A). El Control a Nivel del Poder Judicial	97
B). El Control a Nivel del Tribunal Constitucional	101
6. El Deber de Motivación de la Determinación Judicial de la Pena	105
6.1 Sentencia Condenatoria con Motivación Aparente	112
6.2 Sentencia Condenatoria con Motivación Insuficiente	114

6.3 Sentencia Condenatoria con Motivación Incoherente y Falto de Corrección Lógica	114
6.4 Sentencia Condenatoria con Motivación Adecuada	115

CAPÍTULO III: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Aspectos Generales	117
2. Proceso de Determinación Judicial de la Pena	119
3. Principales Principios que Intervienen en la Determinación Judicial de la Pena.....	124
3.1 Principio de Legalidad.....	125
3.2 Principio de Lesividad.....	130
3.3 Principio de Necesidad.....	132
3.4 Principio de Protección de Bienes Jurídicos.....	135
3.5 Principio Acusatorio.....	137
3.6 Principio de Proporcionalidad.....	138
3.7 Principio de Humanidad.....	142
3.8 Principio de Culpabilidad.....	145
3.9 Principio de Igualdad.....	149
3.10 Principio de Intervención Mínima.....	153
4. Dogmática de la Determinación Judicial de la Pena. Su incidencia en la Jurisprudencia Peruana.....	155
4.1 Necesidad de una Explicitación de los Criterios de Determinación Judicial de la Pena.....	159
4.2 Necesidad de la Explicitación del Procedimiento de Determinación Judicial de la Pena.....	162

4.3 Valoración de los Factores Reales en la Determinación Judicial de la Pena.....	167
4.4 La Existencia de Penas Desproporcionadas con Relación al Hecho	
Cometido y a la Culpabilidad por el Acto o al Grado de Injusto Penal.....	173
4.4.1 La Ausencia de Criterios claros en la Realidad Judicial	
[Excusus Jurisprudencia Peruana].....	176

CAPÍTULO IV: PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE LAS SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y ENCUESTAS A JUECES Y FISCALES PENALES Y CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

1. Procesamiento de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias	
Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.....	179
2. Tabulación de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias	
Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.....	191
3. Procesamiento de la Información Extraída de las Encuestas a los Jueces y	
Fiscales Penales	302
4. Tabulación de la Información Extraída de las Encuestas a los Jueces	
y Fiscales Penales	304
5. Procesamiento de la Información sobre la Motivación de las Sentencias	
Condenatorias (extremo de la Determinación Judicial de la Pena) Analizadas	
en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.....	320
6. Tabulación de la Información sobre la Motivación de las Sentencias	
Condenatorias (extremo de la Determinación Judicial de la Pena) Analizadas	
en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.....	323
7. Procesamiento de la Información sobre Impugnación de Sentencias	
Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos	

con Reos en Cárcel.....	330
8. Tabulación de la Información sobre Impugnación de Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.....	333
9. Contrastación (Empírica) de las Hipótesis.....	340
9.1 Contraste de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel y de las Encuestas a Jueces y Fiscales Penales.....	340
 CAPÍTULO V: LA INOPERATIVIDAD FUNCIONAL DEL ESQUEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991	
1. Aspectos Generales.....	370
2. El Esquema de Determinación Judicial de la Pena Establecido en el Código Penal de 1991.....	371
3. La Insuficiente Normatividad Adecuada de Determinación Judicial de la Pena en el Código Penal de 1991 (Ley Penal).....	373
3.1 La Ausencia de un Esquema de Determinación de la Pena Explícito en el Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena.....	375
3.2 La Necesidad de una Mayor Determinación de los Criterios y Circunstancias de Determinación Judicial de la Pena.....	377
4. La Necesidad de Explicitación de los Criterios y Circunstancias de Determinación de la Pena.....	379
5. La Ausencia de Adecuadas Normas Jurídicas que Permitan Operativizar el Esquema de Determinación Judicial de la Pena Establecido en el Código	

Penal de 1991.....	382
6. La Prohibición de la Doble Valoración de los Criterios o Circunstancias de Determinación Judicial de la Pena.....	384
7. La Ausencia de una Adecuada Capacitación Técnico-profesional a los Jueces y Fiscales Penales en Determinación de la Pena.....	389
 CAPÍTULO VI: EL NUEVO SISTEMA JURÍDICO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA	
1. Aspectos Generales.....	391
2. Antecedentes al Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena....	395
2.1 En el Código Penal de 1863.....	395
2.2 En el Código Penal de 1924.....	398
2.3 En el Código Penal de 1991.....	401
3. La Determinación Judicial de la Pena en el Código Procesal Penal de 2004.....	402
4. La Determinación Judicial de la Pena Modificada (<i>Excurso</i> Ley N° 30076).....	406
4.1 La Introducción del Sistema o Modelo de Tercios.....	406
4.2 Sistemas Legislativos que Influyeron en la Modificación del Esquema de Determinación Judicial de la Pena Vigente.....	411
5. El Nuevo Esquema de Determinación Judicial de la Pena ¿y su Funcionalización Penal?.....	415
5.1 Regulación del Proceso de Determinación Judicial de la Pena.....	415
5.2 Regulación de Nuevos Parámetros, Criterios y Directrices de Determinación de la Pena.....	424
6. La Necesidad de un Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena Peruano.....	432

6.1 Lineamientos para un Nuevo Sistema Jurídico de Determinación de la Pena	432
A) Perspectiva Criminológica	432
B) Perspectiva Política Criminal	438
C) Perspectiva de Derecho Penal Funcionalista, Funcionalización del Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena	443
D) La Posición de la Dogmática Jurídico-Penal frente al Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena: ¿visión de la teoría de la argumentación jurídica?	445
6.2 El Sistema de Cuartos: ¿una posibilidad para la realidad peruana?	448

CAPÍTULO VII: ASUNCIÓN DE POSICIÓN PERSONAL RESPECTO A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y EL ASPECTO DE LA MISMA COMO ES SU MOTIVACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Concepción de Determinación Judicial de la Pena que se Adoptó en la Elaboración de la Presente Tesis	454
1.1 Desde la Perspectiva Teórica	454
1.2 Desde la Perspectiva Práctica o Técnica	455
2. Abordamiento Metodico-Funcional del Problema (Situación Problemática)	457
2.1 Aspectos que se Tomó en Consideración en el Abordamiento de la Determinación Judicial de la Pena	457
2.2 Aspectos que se Tomó en Consideración en el Abordamiento de la Motivación de las Sentencias Condenatorias Analizadas, en el Extremo de la Determinación Judicial de la Pena	466
3. Posición Personal Respecto a la Operatividad Funcional del Esquema de Determinación Judicial de la Pena desde la Perspectiva de los	

Resultados Obtenidos.....	474
4. Un Sistema de Determinación Judicial de la Pena desde la Perspectiva del Postpositivismo.....	476
5. Propuesta Doctrinaria y Normativa Fundamentada de <i>Lege Ferenda</i> Respecto de la Determinación Judicial de la Pena y el Aspecto de la Misma como es su Motivación	483
A) CONCLUSIONES	491
B) RECOMENDACIONES	494
C) REFERENCIAS	497
D) ANEXOS	534

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1. Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de robo en la modalidad agravada.....	193
Tabla 2. Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de robo en la modalidad agravada.....	209
Tabla 3. Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de violación sexual de menor de edad.....	221
Tabla 4. Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de violación sexual de menor de edad.....	232
Tabla 5. Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de homicidio calificado.....	236
Tabla 6. Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de homicidio calificado.....	246
Tabla 7. Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de robo en la modalidad agravada.....	252
Tabla 8. Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de robo en la modalidad agravada.....	267
Tabla 9. Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de Violación sexual de menor de edad.....	279
Tabla 10. Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de violación sexual de menor de edad.....	286

Tabla 11. Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de homicidio calificado.....	290
Tabla 12. Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de homicidio calificado.....	298
Tabla 13. Graduación judicial de la pena.....	305
Tabla 14. Dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena.....	308
Tabla 15. Razones de la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena.....	311
Tabla 16. Conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada.....	315
Tabla 17. Sistema de determinación judicial adecuado a nuestra realidad.....	318
Tabla 18. Calidad de la motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2010.....	324
Tabla 19. Calidad de la motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2011.....	327
Tabla 20. Estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 impugnadas.....	334
Tabla 21. Estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 impugnadas.....	337

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1. Delito de robo agravado en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.	220
Figura 2. Delito de violación sexual de menor de edad en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.	235
Figura 3. Delito de homicidio calificado en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.	249
Figura 4. Delito de robo agravado en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.	278
Figura 5. Delito de violación sexual de menor en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.	289
Figura 6. Delito de homicidio calificado en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.	300
Figura 7. Representación gráfica de la tabla 13.....	307
Figura 8. Representación gráfica de la tabla 14.....	311
Figura 9. Representación gráfica de la tabla 15.....	314
Figura 10. Representación gráfica de la tabla 16.....	317
Figura 11. Representación gráfica de la tabla 17.....	320
Figura 12. Representación gráfica de la tabla 18.....	327
Figura 13. Representación gráfica de la tabla 19.....	330

Figura 14. Representación gráfica de la tabla 20.....	336
Figura 15. Representación gráfica de la tabla 21.....	339

RESUMEN

La presente tesis de investigación científica trata de la determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano, particularmente la inoperatividad funcional del esquema de este instituto jurídico-penal establecido en el Código Penal de 1991, y un aspecto relacionado a la misma como es su motivación, constituyendo esta una cuestión problemática de actualidad (de ahora), observable en la doctrina y jurisprudencia penal, peruana y extranjera. Es de tipo empírico-social con ciertos matices dogmáticos.

En la realidad doctrinaria y jurisprudencial, sobre todo en la segunda, se observa que existe cierta dificultad en la determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto, observándose ello en la existencia de penas graduadas inadecuadamente, no se observan los criterios concurrentes o no se siguen las etapas que implica el proceso de determinación judicial de la pena, constituyendo esto un factor que contribuye a la inoperatividad funcional del esquema (*strictu sensu*) establecido en el Código Penal peruano de 1991; así como, sentencias penales condenatorias con motivación inadecuada o con ausencia de la misma, pero en el extremo de la determinación judicial de la pena. Frente a esta realidad se formuló 2 interrogantes: ¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?; y ¿cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?.

La problemática antes mencionada, se elaboró en base a un estudio y análisis objetivo de sentencias penales condenatorias –y otros actuados– de expedientes judiciales (firmes) de los años 2010 y 2011, en 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial de Lima; y de encuestas (con preguntas objetivas) a los jueces y fiscales penales del Distrito Judicial de Lima. El estudio y análisis de la primera muestra consistió, principalmente, en la observancia o no de criterios y circunstancias relacionados a la determinación judicial de la pena (p. ej., los previstos en el artículo 46° del Código Penal), en el caso concreto, por parte del órgano jurisdiccional; así como, la(s) etapa(s) del proceso de determinación judicial de la pena seguida(s) por este órgano y la metodología empleada en la misma; la instrumentalización (adecuada) de las circunstancias (agravantes o atenuantes), en caso de concurrencia; y la calidad de la motivación de estas sentencias penales (en el extremo de la determinación judicial de la pena); en cuanto a la segunda muestra (las encuestas), consistió en el análisis objetivo de las alternativas seleccionadas, de las preguntas respectivas, por el encuestado (juez o fiscal penal), relacionadas a la determinación judicial de la pena y al aspecto de su motivación.

El estudio y análisis de la muestra heterogénea antes mencionada fue *ex post* del establecimiento sólido de las principales nociones, teorías, categorías jurídico-penales e instituciones relacionados a la determinación judicial de la pena y al aspecto de su motivación, observable (principalmente) en 5 capítulos de la presente tesis científica (I, II, III, V y VI), y la adopción de determinados conceptos o nociones, principalmente, de pena, culpabilidad (por el acto realizado y como fundamento de la pena) distinto a la culpabilidad en la determinación judicial de la pena, teoría de determinación judicial de la pena como la teoría alemana del ámbito (libre) de juego, e incluso de Derecho Penal (funcionalista constitucionalizado), con matices postpositivistas (principalistas),

obviamente de determinación judicial de la pena en sí. Por otro lado, esta problemática fue abordado de manera sistematizada y sistemática, se empleó determinados métodos, principalmente, el método dogmático, el método del muestreo y el método funcionalista, además del método deductivo y método inductivo; asimismo, para obtener los resultados (con cierto valor agregado) se utilizó programas informáticos, que requiere la especialidad de esta problemática, como el *Eviews 8* (facilita la utilización de las técnicas de la Econometría, el modelo Tobit censurado normal), que permitió obtener una pena probable (“pena predicha”), esto es, graduar la pena “nuevamente”, en cada sentencia condenatoria, pero considerando todos los criterios (observado o no observados) presentes en el caso concreto.

Todo esto se realizó con el objetivo de demostrar y establecer explicativamente, por un lado, la existencia de una determinación o graduación inadecuada de la pena por el órgano jurisdiccional, en proceso penal peruano, en la mayoría de las sentencias condenatorias analizadas, donde se observó penas desproporcionadas (como resultado más que como consecuencia), sea por ínfimas o excesivas, con relación a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad por el acto, y para ello se tomó como referencia a 3 delitos graves antes mencionado, y el resultado que se obtendrá resultará extendible (aplicable) a cualquier delito regulado en el Código Penal o en alguna ley penal especial; y, por otro lado, cuál es la consecuencia (principal) de la ausencia de motivación adecuada de sentencias penales condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, en el proceso penal peruano, sobre los mismos delitos antes mencionado; ya que, existen sentencias penales condenatorias con motivación aparente, motivación insuficiente o motivación incoherente y falta de corrección lógica, que deben ser declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente en los casos concretos, y que incide en la irracionalidad de la pena (privativa de libertad). Asimismo, finalmente,

se estableció ciertas reglas y criterios jurídicos básicos, de política criminal o de otra índole, para una adecuada determinación y graduación de la pena por parte del juez penal, de tal manera que sea, una pena justa de acuerdo a criterios generales, útil y proporcional al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal.

Con el estudio y análisis objetivo de la muestra seleccionada, se logró ver que el órgano jurisdiccional correspondiente no observa y valora todos los criterios y circunstancias presentes en los casos penales, en el proceso de determinación de la pena, no interpreta adecuadamente estos criterios y circunstancias, no sigue todas las etapas que implica la graduación de la pena en estos casos, y sobrevalora las circunstancias atenuantes privilegiadas concurrentes en los casos penales; así como, no motiva las sentencias penales condenatorias adecuadamente, en el extremo de la determinación (judicial) de la pena, por ende existen sentencias con motivación aparente, motivación insuficiente y motivación incoherente y falta de corrección lógica. Así, se observa, que en el 96.55% del total de sentencias penales condenatorias de expedientes del 2010 analizadas (116), esto es, en la mayoría de estas sentencias existen penas determinadas o graduadas inadecuadamente por el órgano jurisdiccional correspondiente; de igual manera sucedió en las sentencias penales condenatorias de expedientes del 2011, donde el 96.33% del total de estas sentencias penales analizadas (109), esto es, en la mayoría también existen penas determinadas o graduadas inadecuadamente por el órgano jurisdiccional correspondiente; no obstante, que no se condice con el resultado que se obtuvo de la pregunta 1 de la encuesta realizada, donde la mayoría de encuestados (el 56.41%) afirman seguir un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código; y ambas características (resultados) que se extrajo, de los 3 delitos tomados como referencia (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor

de edad y homicidio calificado), son extendibles a cualquier delito regulado en el Código Penal de 1991 o en alguna ley penal especial. Mientras que en el aspecto de la motivación de estas mismas sentencias penales condenatorias (en el extremo de la determinación judicial de la pena) de expedientes del 2010 analizadas y que fueron válidamente impugnados (52 sentencias), el 78.85% de esta cantidad de sentencias penales, esto es, la mayoría tienen motivación adecuada (41) y no fueron declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente; no obstante, que según el criterio personal del investigador, realmente el 93.97% del total de sentencias penales condenatorias de expedientes del 2010 analizadas (116), esto es, la mayoría de esta cantidad de sentencias penales carecen de una motivación razonablemente adecuada (109) y debieron ser declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente; de igual manera sucedió en las mismas sentencias penales condenatorias de expedientes del 2011 analizadas y que fueron válidamente impugnados (14 sentencias), el 64.29% de esta cantidad de sentencias penales, esto es, la mayoría tienen motivación adecuada (9) y no fueron declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente; no obstante, que según el criterio personal del investigador, realmente el 89.91% del total de sentencias penales condenatorias de expedientes del 2011 analizadas (109), esto es, la mayoría de esta cantidad de sentencias penales carecen de una motivación razonablemente adecuada (98) y que debieron ser declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente. Esta característica descrita, no se condice con el resultado que se obtuvo de la pregunta 3 de la encuesta realizada, donde la mayoría de encuestados (el 42.86%) afirman que no les interesa las razones de la ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena. Además esta característica resultado) resulta extendible a cualquier sentencia penal condenatoria de cualquier delito, regulado en el Código Penal de 1991 o en alguna ley penal especial.

Siendo el resultado de la presente tesis de investigación científica, en relación a la primera cuestión problemática, es que en la mayoría de las sentencias penales

condenatorias –y otros actuados– de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, de expedientes de los años 2010 y 2011 analizadas, en ambos años, existen penas determinadas o graduadas inadecuadamente por el órgano jurisdiccional, expresándose ello (en parte) en la existencia de penas desproporcionadas, en relación con el hecho cometido y a la culpabilidad por el acto, no siendo ajeno a esto el resultado de las encuestadas realizadas a los jueces y fiscales (superiores) penales, a excepción del resultado de la pregunta 1 de esta encuesta. Este resultado confirma la primera hipótesis del primer problema formulado en el proyecto de la presente tesis. Por otro lado, en relación a la otra cuestión problemática, la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias penales condenatorias (en el extremo de la determinación judicial de la pena) de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado (tomados como referencia), de expedientes de los años 2010 y 2011, el resultado fue, que en la mayoría de estas sentencias condenatorias, tanto de expedientes del 2010 como del 2011, tienen motivación adecuada en el extremo de la determinación judicial de la pena, ergo no incidiendo, al menos directamente, en la irracionalidad de la pena privativa de libertad; no obstante, de lo que realmente se observa en estas sentencias penales, según criterio personal del investigador, y que no se contradicen con este resultado. Por lo que, la segunda hipótesis del segundo problema formulado en el proyecto de la presente tesis, resultó falseada, esto es, no se confirmó la hipótesis.

Además, resulta *conditio sine qua non* señalar, que la presente tesis fue abordado metodológicamente, en su plenitud, y resalta el empleo del informático *Eviews 8*, que facilita la funcionalidad de las técnicas de una especialidad de las ciencias económicas, la Econometría, y que fue aplicada estratégicamente a las sentencias penales condenatorias –y otros actuados– analizadas, tanto en expedientes del 2010 como en expedientes del 2011, con la

finalidad de determinar “nuevamente” la pena, en cada caso (sentencia), pero considerando esta vez todos los criterios y circunstancias presentes en los expedientes respectivos; asimismo, de la propuesta, como *lege ferenda*, de determinados criterios, circunstancias, y reglas o disposiciones, a título de artículos, que a propósito son interesantes, a ser incluidos en el sistema jurídico de determinación judicial de la pena. Todas estas ideas están claramente inspiradas, principalmente, en las ideas del autor alemán Claus Roxin.

ABSTRACT

This scientific research thesis deals with the judicial determination of the sentence in the Penal Peruvian process, particularly with the functional ineffectiveness of the scheme of this penal-law institution established in the Penal Code of 1991 and an aspect related to the same as its motivation is, being this is a problematic issue of the current situation, observable in the penal doctrine and jurisprudence, Peruvian and foreign. The research is of empirical-social type with some dogmatic characteristics.

In the doctrinal and juridical reality, especially in the second, it's observed that there is some difficulty in the determination of the sentence by the jurisdictional organ, in the concrete sentence, it's observed the existence of not properly gradated sentences; the concurrent criteria are not observed and the stages concerning the process of judicial determination of the sentence are not followed, being this is a factor which contributes to the functional ineffectiveness of the scheme (*strictu sensu*) established in the Peruvian Penal Code of 1991, that is, penal convictions with inappropriate motivation or with absence of it, but in the extreme of the judicial determination of the sentence. Facing this reality, we formulated two questions: Is there an appropriate gradation or determination of the court convictions dictated by the judges of the courts and criminal courts of Lima in crimes of robbery in the aggravated form, rape of a minor and homicide aggravated?; and what is the main consequence of the absence of appropriate motivation of the court convictions (guilty verdict), in the extreme of the judicial determination of the sentence, in crimes of robbery in the aggravated form, rape of a minor and homicide aggravated?

The above-mentioned problems were elaborated on the basis of a study and an

objective analysis of penal court convictions –and other revised documents– of judicial investigation files (firm) of the years 2010 and 2011, in thirteen courts (tribunals) and four penal courts, both hierarchies for trials with offenders in jail of the Superior Court of Lima, in the Judicial District of Lima; and of surveys (with objective questions) to the judges and penal public prosecutors of the Judicial District of Lima. The study and analysis of the first sample consisted of –mainly– the observance or not of criteria and circumstances related to the judicial determination of the sentence (for example, what is predicted in the article 46th of the Penal Code), in the concrete case, by the jurisdictional organ; as well as the stage(s) of the process of judicial determination of the sentence followed by this organ and the methodology used in it; the instrumentalization (appropriate) of the circumstances (aggravating or extenuating), in case of concurrence; and the quality of the motivation of these penal sentences (in the extreme of the judicial determination of the sentence). As for the second sample (the surveys), it consisted of the objective analysis of the selected alternatives of the corresponding questions, by the polled people (judges or superior public prosecutors) related to the judicial determination of the sentence and to the aspect of its motivation.

The study and analysis of the above-mentioned heterogeneous sample was *ex post* of the solid establishment of the main notions, theories, penal-law categories and institutions related to the judicial determination of the sentence and to the aspect its motivation, observable (mainly) in five chapters of this scientific thesis (I, II, III, V and VI), and the adoption of determined concepts and notions, mainly, about a sentence, a guilt (for the performed act and as a foundation of the sentence) different from the guilt in the judicial determination of the sentence, theory of the judicial determination of the sentence like the German theory of the scope (free) from play, and even the Criminal Law (functionalist constitutionalized), with post positivist characteristics (principled), obviously the judicial

determination of the sentence in itself. On the other hand, these problems were dealt in a systematized and systematic way, I used determined methods, mainly, the dogmatic, the sampling and the functionalist methods, besides the deductive and inductive ones; likewise, in order to get results (with more added value), I used computer programs which is required by the speciality of these problems, like the *Eviews* 8 (which facilitates the use of techniques of Econometrics, the Tobit normal censored model), which allowed to get a probable sentence (“predicted sentence”), that is, to grade (“measure”) the sentence “again” in each court conviction, but considering all the criteria (observed or not observed) present in the concrete case.

All this was done with the objective of demonstrating and establishing in an explanatory way, on one hand, the existence of an inappropriate determination or gradation of the sentence by the jurisdictional organ in the Peruvian penal process, in most of the analyzed court convictions, where we observed disproportioned sentences (more as a result than as a consequence), either for being extremely low or for being excessive in relation to the seriousness of the committed fact and the guilt for the act. In order to observe this situation, I took as a reference the three above-mentioned grave crimes, and the gotten result will turn out to be extendible (applicable) to any crime regulated in the Penal Code; and, on the other hand, what is the main consequence of the absence of appropriate motivation of the penal court convictions in the extreme of the judicial determination of the sentence -in the Peruvian penal process- about the same above-mentioned crimes; since there are penal court convictions with apparent motivation, insufficient motivation or incoherent motivation and lacking logical correction; they must be declared null by the corresponding jurisdictional organ in the concrete cases, which emphasize the irrationality of the sentence (a prison sentence). Likewise, finally, we established certain rules and basic juridical criteria of criminal politics or of another kind for an

appropriate determination and gradation of the sentence by the jurisdictional organ, so that it should be a fair sentence according to general criteria, useful and proportional to the committed fact and to the guilt for the act or the degree of a criminal offence (sentence).

With the study and objective analysis of the selected sample, we achieved to see that the corresponding jurisdictional organ don't observe (consider) nor value all the criteria and present circumstances in the penal cases in the process of determining the sentence, they don't interpret these criteria and circumstances properly, they don't follow all the stages that involves the gradation of the sentence in these cases and they overvalue the extenuating privileged concurrent circumstances in the penal cases; besides, they don't motivate the penal court convictions properly, in the extreme of the judicial determination of the sentence, and as a consequence, there are sentences with apparent motivation, insufficient motivation and incoherent (inconsistent) motivation and lacking logical correction. Thus, we observe that in the 96.55% out of the total penal court convictions of investigation files of the 2010 which were analyzed (116), that is, in most of these sentences, there are inappropriate determined or gradated sentences by the corresponding jurisdictional organ; likewise, the same way happened in the penal court convictions of investigation files of 2011, where the 96.33% out of the total of these analyzed penal sentences (109), that is in most of them, there are also inappropriately determined or gradated sentences by the corresponding jurisdictional organ; however, this situation is not shown in the result that was gotten in question 1 of the performed survey, where the majority of the polled people (56.45%) affirm to follow a determined procedure and apply the articles 45th and 46th and others from the Penal Code. And both characteristics (results) that were extracted, out of the three crimes taken as reference (robbery in the aggravated form, rape of a minor and intentional homicide (aggravated)) are extendible to any crime regulated in the Penal Code of 1991 or in any other special law. As for the

motivation aspect of these same penal court convictions (in the extreme of the judicial determination of the sentence) of investigation files of 2010 which were analyzed and that were validly impugned (52 sentences), the 78.85% out of this amount of penal sentences, that is the majority of them, have an appropriate motivation (41) and they were not declared null by the corresponding jurisdictional organ; however, according to the personal criterion of the researcher, indeed, the 93.97% out of the total penal court convictions of investigation files of 2010 which were analyzed (116), that is the majority of the amount of penal sentences, lack a reasonably appropriate motivation (109) and they had to be declared null by the corresponding jurisdictional organ; the same way happened in the penal court convictions of investigation files of 2011, which were analyzed and that were validly impugned (14 sentences), the 64.29% out of this amount of penal court sentences, that is the majority, have an appropriate motivation (9) and were not declared null by the corresponding jurisdictional organ; however, according to the personal criterion of the researcher, indeed, the 89.91% out of the total of penal court convictions of investigation files of 2011 which were analyzed (109), that is the majority of the amount of the penal court sentences, lack a reasonably appropriate motivation (98) and they had to be declared null by the corresponding jurisdictional organ. This described characteristic is not shown in the result which was gotten from question 3 of the performed survey, where most of those polled (42.86%) affirm that they are not interested in the reasons of the absence of appropriate motivation of the judicial determination of the sentence. Besides, this characteristic (result) turns out to be extendible to any penal court conviction of any crime regulated in the Penal Code of 1991 or in any other special law.

The result of this thesis of scientific research in relation to the first problematic question is that in the majority of the penal court convictions –and other revised documents– of crimes in the aggravated form, rape of a minor and intentional homicide,

of investigation files of the years 2010 and 2011 which were analyzed, in both years, there are inappropriately determined or gradated sentences by the jurisdictional organ; this is expressed (in part) in the existence of disproportionate sentences in relation to the committed fact and the guilt for the act, including also, the result of the performed surveys to the judges and penal public prosecutors (superior ones), except the result to question 1 of this survey. This result confirms the first hypothesis of the first problem formulated in the project of this thesis. On the other hand, in relation to the other problematic question, the main consequence of the absence of appropriate motivation of the penal court convictions (in the extreme of the judicial determination of the sentence) of crimes of robbery in the aggravated form, rape of a minor and intentional homicide (aggravated) [taken as a reference], the investigation files of the years 2010 and 2011, the result was that most of the court convictions of investigation files of both years 2010 and 2011 have an appropriate motivation in the extreme of judicial determination of the sentence, ergo, not affecting –at least directly– the irrationality of the prison sentence; however, from what we really observe in these court penal sentences, according to a personal criterion of the researcher, is that they don't contradict this result. Because of that, the second hypothesis of the second problem formulated in the project of this thesis, turned out to be false, that is, the hypothesis was not confirmed.

Besides, it is *conditio sine qua non* to point out that this thesis was developed methodologically from beginning to end and it emphasizes the use of the computer program *Eviews 8*, which facilitates the functionality of the techniques of a speciality of the Economy Science, the Econometrics, which was applied strategically in the analyzed penal court convictions –and other revised documents– in both investigations files of 2010 and 2011, with the aim of determining the sentence “again” in each case (criminal sentence), but considering this time all the criteria and the present circumstances in the corresponding investigation files.

Likewise, it is considered the proposal *lege ferenda* of determined criteria, circumstances and rules or judicial norms as articles, which –by the way– are interesting to be included in the judicial system of the judicial determination of the sentence. All these ideas are clearly inspired, mainly, by the ideas of the German author Claus Roxin.

ABREVIATURAS

ATS: Auto del Tribunal Supremo español.

BOE: Boletín Oficial del Estado.

BD: Volumen o tomo.

CP: Código Penal Peruano de 1991.

CPP: Código Procesal Penal de 2004.

C. de PP: Código de Procedimientos Penales Peruano de 1940.

Const.: Constitución Política de 1993.

CPArg.: Código Penal Argentino de 1921. CE:

Constitución Española.

Const.: Constitución Política de 1993.

D. Leg.: Decreto Legislativo.

Exp.: Expediente

FJ: Fundamento Jurídico.

Inc.: Inciso.

MP: Ministerio Público Peruano.

R.N.Nº: Recurso de Nulidad.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional peruano.

S.T.S.: Sentencia del Tribunal Supremo español.

StBGH o BGHSt: Sentencias del Tribunal Supremo Federal alemán.

StGB: Código Penal alemán.

V.gr.: Por ejemplo.

TP.: Título Preliminar.

TC: Tribunal Constitucional peruano.

INTRODUCCIÓN

A). Planteamiento y Justificación de la Investigación y los Objetivos

El tema de la determinación judicial de la pena es de naturaleza compleja y polémica hasta ahora en la doctrina penal extranjera y peruana, y la jurisprudencia peruana no fue ajena a ella, y tiene varias denominaciones como “dosificación judicial de la pena”, “medición judicial de la pena”, entre otras denominaciones, que consiste en el establecimiento de las consecuencias jurídicas de un delito por el órgano jurisdiccional (juez o tribunal penal), según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquellas, seleccionando entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente. Mas concretamente en aquella tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria, claro, dicha actividad se realiza junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados.

La determinación judicial de la pena comprende no solo fijación de la pena (elección de la clase y monto de la pena), sino también hace referencia al modo de ejecución de la pena establecida, en la presente investigación (tesis) solo se tratará el primero (fijación de la pena y no la de la medida de seguridad). Este instituto jurídico-penal tiene su origen principalmente, en la doctrina jurisprudencial alemana, así como su posterior cientifización; siendo doctrina dominante la determinación judicial de la pena como un acto de discrecionalidad relativa (parametrada), en contraposición de la determinación judicial de la pena como aplicación del Derecho.

La determinación judicial de la pena en el aspecto de la motivación de la elección del

marco punitivo por parte del órgano jurisdiccional, se le denominó motivación de la determinación judicial de la pena y consiste (principalmente) en la adopción de criterios por el órgano jurisdiccional en la justificación y fundamentación de la graduación judicial de la pena, y que la misma implica realizar un razonamiento lógico-jurídico coherente y, sobre todo, consistente (suficiente) de dichos criterios en el caso concreto (justificación de la decisión, en el extremo correspondiente de la sentencia penal condenatoria).

El tema de la determinación judicial de la pena y el aspecto estrechamente relacionado a la misma (su motivación) es novedoso, toda vez que no existen textos de investigación jurídica (peruana) que trate a este instituto jurídico-penal, con un nivel lo suficientemente detallado y pormenorizado; no obstante, de existir jurisprudencia penal vinculante, por praxis judicial, como los acuerdos plenarios establecidos por las Salas Penales (Permanente y Transitoria) de la Corte Suprema de Justicia de la República (p. ej., el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008).

En la realidad judicial se observa una desconfianza en el órgano jurisdiccional producto de la impredecibilidad en su fallo (sentencia penal), ya que no existe un esquema claro y adecuado de determinación judicial de la pena en el Código Penal de 1991 y que sea funcional por el mencionado órgano o tribunal (penal), con la finalidad de que permita al justiciable o a cualquier ciudadano entender cómo llegó el órgano jurisdiccional a una determinada pena, reflejándose ello, en la existencia de penas desproporcionadas e irrazonables a la gravedad del hecho cometido o a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal, no acordes a un Derecho Penal funcionalista (moderado) integrado menos aun al Estado democrático y social de Derecho adoptado.

En la praxis judicial, existen sentencias penales (condenatorias) con motivación inadecuada o con ausencia de la misma por parte del órgano jurisdiccional, que debe dejar

de lado sus prejuicios, simpatías personales y emociones; reflejándose ello, en la existencia de sentencias con motivación aparente, motivación insuficiente o motivación incoherente y falta de corrección lógica, específicamente en el extremo referido a la determinación judicial de la pena.

Frente a la realidad antes descrita (situación problemática), se formula las siguientes interrogantes: ¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?, y ¿cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?. De manera que estas interrogantes serán las dos cuestiones (problemas) a investigarse, con el objeto o finalidad de darles una solución (respuesta) razonable.

Este tema se encuentra justificado, porque es importante para el Derecho Penal y la dogmática jurídico-penal, y para el Derecho Procesal Penal, sobre todo para el primero; ya que, se demostrará la existencia de penas inadecuadamente graduadas por el órgano jurisdiccional en la mayoría de casos analizados, manifestándose ello, en la existencia de sentencias penales condenatorias con penas desproporcionadas (como resultado más que como consecuencia), sean ínfimas o excesivas; no obstante, que se parte de una (adecuada) concepción de culpabilidad por el acto o hecho; y para el Derecho Procesal Penal, porque se demostrará cuál es la consecuencia (principal) de la ausencia de motivación adecuada de sentencias penales condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado; ya que, existen sentencias penales con

motivación aparente, motivación insuficiente o motivación incoherente y falta de corrección lógica, que deben ser declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente, incidiendo ello en la [ir]racionalidad de la pena (privativa de libertad). Por otro lado, el tema en cuestión, también es importante para los jueces y fiscales penales, ya que ambos operadores jurídicos penales aplican los criterios, circunstancias (genéricas o específicas y cualificadas), regulados en los artículos 45° y 46°, entre otros artículos del Código Penal de 1991, en el momento de la graduación de la pena, observándose ello, en las sentencias penales del juez penal o en las acusaciones del fiscal penal.

Asimismo, el marco (delimitación) de este tema comprende nociones, teorías o categorías jurídicas e instituciones jurídico-penales tratados en los 7 capítulos que comprende el presente trabajo de investigación (tesis), pero principalmente en el capítulo primero, concibiéndose a la determinación judicial de la pena (de manera práctica) como aquel procedimiento técnico y valorativo que realiza el juez penal en la determinación cuantitativa y cualitativamente de la pena aplicable en el caso concreto acorde con el grado de culpabilidad por el hecho o acto, o por el grado de injusto penal, con exclusión de las medidas cautelares y/o accesorias que se pudieran fijar. El aspecto práctico del tema en cuestión, comprende el estudio y análisis (observacional) de 225 sentencias penales condenatorias (firmes o ejecutoriadas) y otros actuados de expedientes del 2010 y 2011, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, en 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial de Lima, que fueron seleccionados al azar; asimismo, de 39 encuestas realizadas a jueces y fiscales penales de dicho Distrito Judicial, las mismas que constan de 5 preguntas objetivas y cerradas sobre el tema que interesa en el presente trabajo de investigación.

El objetivo del presente trabajo de investigación científica será, en concreto, demostrar y establecer explicativamente, por un lado, la existencia de una determinación o graduación inadecuada de la pena por el órgano jurisdiccional, en proceso penal peruano, en la mayoría de casos penales, observándose ello en sentencias condenatorias con penas desproporcionadas (como resultado más que como consecuencia), sea por ínfimas o excesivas, con relación a la gravedad del hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal, y para ello se tomará como referencia a 3 delitos graves (como se observa en el párrafo precedente: el delito de robo en la modalidad agravada, el delito de violación sexual de menor de edad y el delito de homicidio calificado), cuyo resultado (que se obtendrá) es (será) extendible (aplicable) a cualquier delito regulado en el Código Penal o en alguna ley penal especial; y, por otro lado, cuál es la consecuencia (principal) de la ausencia de motivación adecuada de sentencias penales condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, en el proceso penal peruano, sobre los mismos delitos antes mencionados; ya que, existen sentencias penales con motivación aparente, motivación insuficiente o motivación incoherente y falta de corrección lógica, que deben ser declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente en los casos concretos, y que incide en la [ir]racionalidad de la pena (privativa de libertad). Sin perjuicio de determinar también (objetivos específicos), cómo gradúa usualmente la pena el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, y cuál es el procedimiento que sigue en ella; determinar que existen sentencias condenatorias con penas diferentes y excesivas ante hechos similares y con penas iguales ante hechos manifiestamente similares; cuántas sentencias condenatorias impugnadas fueron declaradas nulas y cómo incide ello en la [ir]racionalidad de la pena; y, se procurará, de alguna manera, establecer reglas y criterios jurídicos básicos, de política criminal o de otra índole, para una adecuada determinación y graduación de la pena por parte del juez penal, de tal manera que sea, una pena justa de acuerdo a criterios

generales, útil y proporcional al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal. Constituyendo estos los objetivos a alcanzar y, a su vez, las hipótesis (respuestas probables) formulados en el proyecto del presente trabajo de investigación.

B). Metodología y Estructura de la Investigación y la Muestra

El presente trabajo de investigación científica será descriptivo, explicativo y experimental; el primero, porque se mostrará el procedimiento, el (los) método(s) o técnica(s) utilizado(s) por los jueces penales en la determinación o graduación de la pena y cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de la sentencia penal condenatoria, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado; es explicativo (segundo), porque el trabajo de investigación se desarrollará en base a conceptos, teorías o categorías jurídicas, así como a recomendaciones sobre cuál(es) debe(n) ser el (los) procedimiento(s) que debe seguir el órgano jurisdiccional en los casos concretos y si es necesario o no que los criterios de determinación judicial de la pena deben ser explicitados, claros y sobre todo, operativos funcionalmente; y es experimental, parte observacional, porque se analizarán sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado de 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial de Lima; así como, encuestas a jueces y fiscales penales de dicho Distrito Judicial, las mismas que constan de 5 preguntas objetivas y cerradas sobre el tema que interesa aquí. De ambas fuentes (principales) se extraerán información (y datos) relevantes, no está por demás mencionar, sobre la determinación o graduación judicial de la pena y el aspecto relacionado a la misma, como es su motivación, para luego ser

procesados mediante programas informáticos adecuados (p. ej., el *Eviews* 8), con la finalidad de obtener un resultado de interés y de un grado de confiabilidad elevada para el presente trabajo de investigación.

El universo y la muestra, unidad de análisis, del presente trabajo de investigación consta de sentencias condenatorias (firmes) de expedientes del 2010 y 2011, de juzgados y salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado además, de otros actuados relacionados al tema en cuestión; y de encuestas a jueces y fiscales penales del Distrito Judicial de Lima sobre el tema en cuestión. Se colige que el universo y muestra es heterogénea, comprende expedientes (sentencias condenatorias y otros actuados) y encuestas (a jueces y fiscales penales).

Los expedientes a analizar (sentencias condenatorias, entre otros actuados) sobre los delitos antes mencionados, serán seleccionados de manera aleatoria, al azar, y serán en 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, para ello se obtendrá una autorización de la mencionada Corte; y en cuanto a las encuestas, serán los jueces de estos juzgados y salas penales los encuestados seleccionados, además de los jueces de juzgados para procesos con reos libres de la mencionada Corte; y los fiscales seleccionados a encuestar, serán solo los fiscales superiores (10 fiscalías), aquí también, se obtendrá una autorización por parte del Ministerio Público (Fiscalía de la Nación).

La muestra consta de 225 sentencias condenatorias (firmes o ejecutoriadas) que equivalen a 179 expedientes (87 del 2010 y 92 del 2011), de 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor

de edad y homicidio calificado; así como, de 39 encuestas a jueces (27) y fiscales (12) penales, que constan de 5 preguntas objetivas y cerradas sobre el tema de la determinación judicial de la pena y al aspecto de su motivación. La información (datos relevantes) que se extraerá producto del análisis riguroso y objetivo de los 179 expedientes (las 225 sentencias condenatorias y otros actuados) y las 39 encuestas realizadas a los jueces y fiscales penales, será procesada en una computadora personal (PC) mediante el programa *Excel* (2010) complementado con el programa de *Eviews* 8, que facilita el manejo de la técnica de la Econometría, específicamente el modelo Tobit censurado normal; y tabulada en tablas (cuadros ordinarios), y representado en figuras (gráficos, en barras y poligonales); obteniéndose de esta manera, un resultado que será contrastada (empíricamente) con las hipótesis formuladas en el proyecto de la presente tesis.

Los resultados que se obtendrán producto del procesamiento y tabulación de la información que se extraerá de la muestra seleccionada (sentencias condenatorias y otros actuados de 179 expedientes del 2010 y 2011; y de 39 encuestas a jueces y fiscales penales), será interpretado mediante métodos clásicos como, el método literal, método sistemático, método dogmático, método teleológico y el método funcionalista. El método literal, se apegará a lo que dice texto de la resolución, en el extremo respectivo, el método sistemático o comparativo, porque se comparará los datos extraídos de una sentencia con las otras sentencias, claro de manera ordenada, luego se extraerá una conclusión, así como, el “método” dogmático, porque se centrará en la lógica de los conceptos (teóricos) de pena, motivación (aparente, insuficiente) y determinación judicial de la pena esbozada en la sentencia condenatoria respectiva, así como el procedimiento de determinación (graduación) de la pena de la misma; el método teleológico, con la finalidad de conocer cuál fue la finalidad o dirección que tuvo el órgano jurisdiccional en la determinación judicial de la pena, esto es, de agravar o atenuar la pena en exceso, y cuál fue el fin de la

pena asignada; asimismo, si se basó en todos los criterios (genéricos y/o específicos, cualificados o no) presentes (concurrentes) en los expedientes o, solo en algunos de los criterios y circunstancias; y el método funcionalista, toda vez que se tiene como centro de análisis de los problemas jurídicos (la determinación judicial de la pena y el aspecto de su motivación), el hecho en sí, plasmada en las sentencias (condenatorias) y la casuística (jurisprudencia); las cuales serán procesadas (medidos) mediante medios informáticos y estadísticos. Además de los métodos deductivo e inductivo.

La estructura del presente trabajo de investigación comprende 7 capítulos, sistemáticamente constituidos atendiendo a la naturaleza del tema en cuestión, y a las modificaciones normativas que se han venido dando. Así, en el capítulo primero se desarrolla los principales institutos jurídico-penales relacionados a la determinación judicial de la pena, como la pena (sanción jurídico penal), desde la perspectiva del Derecho Penal y del Derecho Constitucional; las teorías de la pena (teoría absoluta, teoría relativa-preventiva y teoría mixta); la culpabilidad en la determinación judicial de la pena, que es diferente a la culpabilidad como categoría dogmática (de la teoría del delito); las teorías de la determinación judicial de la pena (teoría del ámbito del juego, teoría de la pena exacta o puntual, etcétera), los modelos o sistemas de determinación [judicial] de la pena (modelo de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, modelo o sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, etcétera); la determinación judicial de la pena en el concurso de delitos (concurso real o concurso ideal); y la determinación judicial de la pena en el Derecho comparado (ordenamientos como, España, Argentina, Colombia y Alemania), con la finalidad de obtener una idea clara y completa del tema en cuestión.

El capítulo segundo, trata sobre la otra cuestión de la determinación judicial de la pena, como es la motivación –y fundamentación– de la determinación judicial de la pena, para ello se desarrolla conceptos, como la motivación judicial en el ordenamiento jurídico

peruano, los requisitos de la motivación judicial (de una resolución judicial, excepto de un decreto), la motivación judicial como imperativo constitucional (motivación de la sentencia penal), el control de la motivación de la sentencia penal condenatoria (a nivel judicial y a nivel del Tribunal Constitucional), y como punto principal, el deber de motivación de la determinación judicial de la pena (motivación aparente, motivación insuficiente, motivación incoherente y falta de corrección lógica y motivación adecuada).

El capítulo tercero, trata sobre la determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano, para ello se esboza el proceso complejo que implica la graduación judicial de la pena, se pone especial énfasis en los principales principios jurídico-penales que intervienen en este proceso, se hace un análisis crítico de la jurisprudencia peruana y se muestra la influencia de la escasa dogmática de determinación judicial en esta.

El capítulo cuarto trata del procesamiento y análisis de la información extraída de las 225 sentencias penales condenatorias –y otros actuados– de expedientes del año 2010 y del 2011 y las 39 encuestas a jueces y fiscales penales, concerniente a la determinación judicial de la pena y al aspecto de su motivación; las sentencias penales se analizaron en 13 juzgados y 4 salas penales, ambos jerarquías o niveles, para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial; y las 39 encuestas (27 jueces y 12 fiscales) fueron realizadas a los jueces y fiscales penales en sus respectivos despachos judiciales o fiscales, respectivamente; la información extraída fue en un medio concreto (cuaderno tamaño A4) con una estructura determinada de las 225 sentencias condenatorias y otros actuados de 179 expedientes de los años antes mencionado, fue procesado y tabulado en una computadora personal (PC), a través del programa *Excel* 2010 complementado con otro programa (informático) el *Eviews* 8 (facilita la utilización de las técnicas de la Econometría, modelo Tobit censurado simple), luego una vez obtenido los resultados (tanto de la información procesada de las sentencias condenatorias, como de las

encuestas realizadas) se procedió a la contrastación (empírica) con las respectivas hipótesis formuladas en el proyecto de la presente tesis.

El capítulo quinto trata sobre la inoperatividad funcional del esquema (*strictu sensu*) de determinación judicial de la pena establecido en el Código Penal de 1991 (antes de la modificatoria por Ley N° 30076), que se observa en la insuficiente normatividad adecuada de determinación judicial de la pena en el Código Penal de 1991 (ley penal), relacionado a la ausencia de un esquema *strictu sensu* de determinación de la pena explícito en el sistema jurídico de determinación judicial de la pena y a la necesidad de una mayor determinación de los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena; la necesidad de explicitación de los criterios y circunstancias de determinación de la pena; la ausencia de adecuadas normas jurídicas que permitan operativizar el esquema (*strictu sensu*) de determinación judicial de la pena establecido en el Código Penal de 1991; la prohibición de la doble valoración de los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, porque tiene que ver con los criterios o circunstancias adoptados por el órgano jurisdiccional en el caso concreto; y la ausencia de una adecuada capacitación técnico-profesional a los jueces y fiscales penales en determinación de la pena.

El capítulo sexto trata sobre el nuevo sistema o modelo jurídico de determinación judicial de la pena introducido al Código Penal de 1991, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, los antecedentes de este nuevo sistema de determinación de la pena, la determinación judicial de la pena en el Código Procesal Penal de 2004 con la finalidad de tener una idea completa de este instituto jurídico-penal, se hace un análisis detallado de este nuevo sistema jurídico y su posible funcionalización, debido a la regulación del proceso determinación judicial de la pena y la introducción (explicitación) de nuevos parámetros, criterios y directrices de determinación judicial de la pena, y la necesidad de un nuevo sistema jurídico determinación judicial de la pena para la realidad peruana,

siendo el sistema de cuartos, un posible sistema jurídico de determinación de la pena; y finalmente, se sienta algunos lineamientos (bases), desde diversas perspectivas, para un nuevo sistema jurídico de determinación judicial de la pena.

El capítulo sétimo trata sobre la concepción personal que se adoptó sobre la determinación o graduación judicial de la pena y un aspecto estrechamente relacionado a la misma, como es su motivación, en el proceso penal peruano, tanto desde la perspectiva teórica como desde la perspectiva práctica, el abordamiento metodico-funcional del problema (situación problemática) en las sentencias penales condenatorias –y otros actuados– analizadas, tanto de expedientes del 2010 como de expedientes del 2011, de 3 delitos graves que se tomó como referencia (delito de robo en la modalidad agravada, delito de violación sexual de menor de edad y delito de homicidio calificado); es decir, la determinación o graduación judicial de la pena y la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena; la posición personal respecto a la operatividad funcional del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena desde la perspectiva de los resultados obtenidos y considerando la introducción del sistema de tercios de este instituto jurídico-penal, mediante Ley N° 30076 del 13 de agosto de 2013, al Código Penal de 1991; un sistema jurídico de determinación judicial de la pena desde la perspectiva del postpositivismo (principalista); la propuesta doctrinaria y normativa fundamentada de *lege ferenda* respecto a la determinación judicial de la pena y un aspecto relacionado a la misma, como es su motivación; en general, este capítulo trata sobre la adopción de posición personal respecto a la determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano, siendo un aspecto relacionado a la misma, la motivación de las sentencias penales condenatorias analizadas, pero en el extremo de la determinación judicial de la pena, y, claro concierto matiz postpositivista (perspectiva de la teoría del Derecho).

Finalmente, se elaboraron las respectivas conclusiones y recomendaciones, así como se

señala la referencia (de fuentes) utilizada en la elaboración del presente trabajo de investigación científica (tesis) y los anexos adjuntos al mismo, como los oficios (circulares) de autorización por parte de la Corte Superior de Justicia de Lima y de la Fiscalía de la Nación y la encuesta modelo utilizada en la elaboración del presente trabajo de investigación. Con esta tesis, con un sólido (y suficiente) marco teórico establecido y un sustento empírico-social, funcionalista y dogmático, y con ciertos matices postpositivistas, se espera contribuir en algo a la situación (actual) de la determinación judicial de la pena y, de manera creativa se pretende constituir un nuevo sistema de graduación judicial de la pena, la motivación de las sentencias penales condenatorias en el extremo referido a la determinación judicial de la pena, así como se propone de *lege ferenda* ciertas reglas y criterios de determinación de la pena a ser incluidos en el Código Penal vigente, ante la existencia de una inadecuada regulación de este instituto jurídico-penal por parte del legislador (penal) peruano, y de vacíos normativos dentro de su propio sistema.

CAPÍTULO I: DESARROLLO SISTEMÁTICO DE LOS PRINCIPALES INSTITUTOS JURÍDICO-PENALES COMPRENDIDAS EN EL MARCO TEÓRICO DE LA INVESTIGACIÓN

1. Aspectos Generales

Una de las formas de reacción (preventiva) del Derecho Penal clásico y posclásico ante la comisión u omisión de un determinado hecho punible (delito o falta) es la pena.⁽¹⁾ Esta consecuencia jurídico-penal (por excelencia) está regulado en el sistema de sanción jurídico-penal peruano más exactamente en el Código Penal de 1991.

La pena desde la perspectiva del Derecho Constitucional o si se quiere denominar “Derecho Penal Constitucional”, implica que el Derecho Penal debe tutelar y proteger determinados bienes jurídicos, ante la comisión u omisión de un determinado hecho punible, con la finalidad de proteger la libertad y mantener la estabilidad de la

(1) Resulta *conditio sine qua non* señalar, que en la presente tesis se concibe a un Derecho Penal moderno o integrado, lo cual no significa que se admita el fracaso del Derecho Penal liberal clásico y sus principios y garantías, sino todo lo contrario; y que es necesario adecuarla a las ‘nuevas’ realidades sociales; no obstante ello, se es consciente que la realidad social (donde el Derecho Penal es un medio de control social más significativa) se va haciendo cada vez más compleja, se crean o forman nuevas modalidades de criminalidad (V.gr., el crimen organizado sin fronteras de ningún tipo), entre otros hechos; siendo necesario para esta realidad un Estado más participativo –y efectivamente lo está siendo–, esto es, un Estado Social, que permite articular la sociedad sobre bases democráticas y donde los derechos sociales se ven más predominantes y, ergo, el Estado se obliga de atender las necesidades de sus ciudadanos, “y que se responsabiliza del funcionamiento global de la economía, con el doble objetivo de corregir las excesivas disfuncionalidades y reducir las diferencias de hecho entre las distintas clases sociales.” (Matia, 2000, pp. 348-349).

convivencia pacífica de los miembros de la sociedad; ya que, un Estado de Derecho y democrático lo requiere, más aún un Estado Constitucional de Derecho, donde existe la preeminencia de los principios y valores (constitucionales) frente a normas-reglas.

La sanción jurídico-penal más exactamente la pena, no siempre ha tenido una determinada finalidad u objeto; en sus inicios, ha tenido por objeto, principalmente la eliminación del delito, por ejemplo, la misma que se expresaba en el ahorcamiento de la persona que cometió un determinado hecho antisocial o en castigos corporales, e incluso no necesariamente era un delito, sino un “pecado”; luego, después, hasta la segunda mitad del siglo XVIII [ca.] se aplicaba penas privativa de la libertad; y a finales del siglo XIX, la pena cumple una determinada finalidad o función retributiva, función preventiva o ambas funciones a la vez, con lo cual el Derecho Penal se iría humanizando (Jiménez, 1950, pp. 251-257).

Las teorías de la pena (teoría absoluta, teoría relativa o teoría ecléctica o de la unión),⁽²⁾ tratan de justificar y fundamentar del porqué la pena; es decir, si la pena impuesta por el Estado tiene o no un fin (social) y, a su vez, de esta manera se busca la legitimación de la intervención del Estado, mediante el Derecho Penal. Hasta ahora (en el presente) no se logra aún resolver esta cuestión.⁽³⁾

La determinación judicial de la pena como procedimiento técnico y valorativo que realiza el órgano jurisdiccional (juez o tribunal penal) con la finalidad de graduar la pena en el caso concreto. Es tanto complejo, ya que depende de muchos factores, para su

(2) Precizando el término “teorías de la pena”, aquí *teoría* se debe entender en sentido amplio, ya que estas en estricto no son teorías sino criterios o “axiomas legitimantes” (Bacigalupo, 1994).

(3) En la presente tesis, en el respectivo apartado, se ha puesto especial énfasis no tanto en la justificación o fundamento de la pena, sino en su finalidad, con esto no es que se esté restándole o minimizando su importancia a dichos aspectos, sino que por razones didácticas, sobre todo, por el objeto de la presente tesis.

graduación o medición, siendo uno de ellos su forma de regulación; primero, del sistema de sanción penal, específicamente de la pena (privativa de libertad); y segundo del sistema de determinación legal de la pena, esto es, del cómo el legislador penal ha previsto ello en la ley penal (V.gr., Código Penal de 1991), tras un estudio minucioso de la realidad peruana y del Derecho comparado; y que el sistema o modelo adoptado por el Código Penal peruano vigente a la fecha es el sistema de criterios generales o formulas sintéticas con penas flexibles,⁽⁴⁾ a partir del cual el órgano jurisdiccional deberá determinar la pena en el caso concreto.

El órgano jurisdiccional deberá determinar la pena, en el caso concreto, acorde a la culpabilidad por hecho o al grado de injusto penal del autor, para ello deberá tomar en consideración criterios referidos periféricamente al hecho delictivo y a la personalidad del autor o partícipe.

La culpabilidad en la determinación judicial de la pena es una culpabilidad, valga la redundancia, distinta a la teoría del delito (y tiene que ser lo así); ya que, aquella comprende elementos distintos a la culpabilidad como categoría dogmática del delito y el órgano jurisdiccional va a tener que apreciar y valorar factores o elementos que están más allá del hecho punible, pero que estén relacionados de manera directa con este hecho.

Las teorías o modelos de determinación judicial de pena surgen como consecuencia de formularse qué fin o fines cumple la pena (privativa de libertad) y que tratan no solo de fundamentar las finalidades de la pena sino, sobre todo, de solucionar las posibles contradicciones entre ellas (“antinomias”), siendo la teoría dominante en el presente

(4) El modelo o sistema de determinación legal de la pena en el sistema jurídico penal peruano no siempre fue lo mismo, con esto no digo que sea originario; así, por ejemplo el Código Penal derogado de 1863, acogía un modelo de grados y términos y escalas penales (véase Código Penal del Perú, 1863, art. 41°); el Código Penal de también derogado de 1924 acogía un modelo parecido al Código Penal vigente (antes de su modificatoria mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), claro con la diferencia de que se ponía énfasis en aquellos factores que se referían a la peligrosidad del procesado.

(ahora) la sentada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*StBGH*), esto es, la teoría del ámbito de juego.

Los sistemas o modelos de medición (legal) de la pena determinan, de alguna manera, el *iter* o camino que debe seguir el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, en la determinación o graduación (judicial) de la pena.

La determinación judicial de la pena en el concurso (real, ideal o retrospectivo) de delitos se hace un tanto compleja en la medida que existen varios delitos o faltas, según sea el caso concreto, y aparentemente no se conocería sobre cuál sería la pena definitiva a imponerse al imputado.

Finalmente, es conveniente realizar un análisis comparado entre el sistema jurídico-penal de determinación [judicial] de la pena peruano y otros sistemas jurídico-penales de determinación [judicial] de la pena, que a propósito son variados, como el de España, Alemania, Argentina y Colombia. Que, si bien es cierto que no es manifiesto sus particularidades entre ellos mismos, también es cierto que existen diferencias entre ellos y que merecen ser resaltados, y se trata del sistema del Código Penal español de 1995 (ley de grados) y el Código Penal colombiano de 2000 (ley cuartos). Estos sistemas mutuamente se han influido y, a la vez, han sido influidos por otros sistemas jurídicos de determinación [judicial] de la pena.

De manera que, el órgano jurisdiccional en el procedimiento de determinación de la pena, en cada sistema jurídico, estará limitado por el mismo, con la finalidad de obtener una pena graduada adecuadamente en el caso concreto.

2. La Pena

Una de las sanciones del Derecho Penal clásico y posclásico es la pena, específicamente la pena privativa de libertad (sanción penal por excelencia⁽⁵⁾), y se aplica esta consecuencia jurídico-penal por la comisión u omisión de algún hecho punible (delito o falta) por una determinada persona. De esta definición (*lato sensu*) se puede extraer que la pena no solo implica concretar una relación social determinada, sino también seleccionar una determinada persona (Bustos, 2012, p. 16).

La pena se justifica en la necesidad de mantener el orden jurídico, entendido como condición fundamental para la convivencia humana en la sociedad (Jescheck). (Noya, 2003, pp. 23-24)

La pena frente a la comisión de hechos punibles ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, así, antes (hasta la segunda mitad del siglo XVIII [*ca.*]) recaía sobre todo en el físico de las personas (por haber “pecado” (Bustos, 2012, p. 31)), eran torturados, ahorcados en plazas públicas (pena de muerte), entre otras sanciones primitivas frente a la sociedad moderna, luego, ya a finales del siglo XIX en adelante, con las ideas del Marqués de Beccaria (César Beccaria Bonesana) como antecedente (Jiménez, 1950, pp. 248-257), la pena –y con ello el Derecho Penal– se iría humanizando, y recaería sobre todo en el aspecto psicológico de las personas (función retributiva), que habrían cometido algún hecho relevante para el Derecho Penal de *última ratio*, luego, con el desarrollo de la Criminología, y la teoría de la resocialización, y la ejecución penal, la pena se imponía ya con fines preventivos.

(5) Según Sergio Moccia (2003), la sanción penal debe ofrecer, en realidad, al delincuente la posibilidad de su propia existencia, en el sentido del respeto de la ajena (p. 106). Con esto no se afirma que la pena (sanción jurídico-penal) determine, de alguna manera, el *modus vivendi* del delincuente.

Un elemento imprescindible acaso el más importante del *ius puniendi* del Estado y el Derecho Penal, viene a ser la pena privativa de libertad, una sanción jurídico-penal por excelencia que se mantiene hasta ahora en vigencia; ya que, es un mal necesario. No obstante, que en algunos países europeos se ha planteado, la posibilidad de su sustitución por una sanción conciliatoria expresada en un monto pecuniario (“tercera vía” del Derecho Penal (Maier, 1995, pp. 27-52)).

El Código Penal peruano de 1991 acoge un sistema de sanción jurídico-penal binario, esto es, las penas (privativas de libertad, restrictivas de libertad, limitativas de derechos y la multa y, ahora último, la vigilancia electrónica personal) y medidas de seguridad (internación y tratamiento ambulatorio). Para tener una idea clara y completa de la sanción jurídico penal, es necesario señalar, que otra sanción del Derecho Penal viene a ser las medidas de seguridad que se aplican a personas con determinada situación psicológica, esto es, a inimputables relativos (ausencia de capacidad de asequibilidad normativa, distinto a los supuestos previstos en el artículo 20º del Código Penal). Cabe resaltar que ahora, en el presente (en pleno siglo XXI), existe la (posibilidad de) sanción de las personas jurídicas, por el Derecho Penal integrado pese a estar en discordancia con las categorías clásicas del delito (teoría del delito), desde la perspectiva de la Dogmática jurídico-penal.

2.1 Fundamento Constitucional de la Pena

Para conocer el fundamento constitucional de la pena (privativa de libertad) resulta *conditio sine qua non, prima facie*, conocer el rol de una Constitución Política en un determinado sistema jurídico penal, particularmente en el Derecho Penal dentro de un determinado Estado; es decir, el rol de la Constitución Política peruana en el sistema penal peruano, particularmente en el Derecho Penal, dentro del Estado Social y Democrático de Derecho; pero, por otro lado, se busca la legitimación (constitucional) de la pena y la justificación de la misma.

El rol de la Constitución Política del Estado en el sistema penal peruano (no digo originario),⁽⁶⁾ particularmente en el Derecho Penal peruano tiene dos dimensiones;⁽⁷⁾ por un lado, establece los límites, a través de principios adecuados, al *ius puniendi* del Estado, esto es, limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos de los individuos; y, por otro lado, considera que dichos principios limitadores son verdaderos fundamentos que buscan la protección y tutela de los valores, bienes y derechos establecidos en la Constitución Política.⁽⁸⁾

-
- (6) A propósito aquí es necesario precisar que no se comparte la concepción de *sistema* [jurídico-penal] en la dogmática penal del autor Tomás Vives (2011, pp. 550-551), quien adopta las ideas de Ludwig Wittgenstein, en el sentido de que el *sistema* solo se debe limitar ordenar los conocimientos y que no debe determinar el contenido de ella e, incluso, producirla; y por ello se le ha dado una importancia exacerbada. Al respecto se puede afirmar, que en la dogmática jurídico-penal resulta *conditio sine qua non* tener una concepción clara de *sistema*, toda vez que cumple un rol o tarea muy importante, trascendental, para el desarrollo evolutivo no solo de la dogmática jurídico-penal sino, de la ciencia en general. Pero esto no significa que el *sistema* produce o determina el contenido de la dogmática jurídico-penal, sino que contribuye importantemente (categoriza los componentes, simplifica el objeto de estudio), para el perfeccionamiento de esta disciplina y del Derecho Penal, en general.
- (7) Que queda comprendido en el enfoque denominado por el autor Mario Durán (2011), siguiendo a Donni, Bricola y Moccia, *orientación sustancial o constitucional* que existe en la actualidad (ahora) en la doctrina penal respecto del sistema penal y su reforma, el mismo que sostiene que los principios rectores del sistema penal no son meros límites al *ius puniendi*, sino verdaderos fundamentos o principios constitucionales del mismo (p. 58). En cambio, el otro enfoque, esto es, la orientación sistemática o dogmática penal que, según Durán (*ibid.*), postula básicamente limitar el poder del Estado en materia penal y garantizar los derechos del individuo, que se expresa en el establecimiento del principio de legalidad, en el de responsabilidad personal o en el de la culpabilidad y que todo depende de la dogmática jurídico-penal. No está demás mencionar, con la finalidad de precisar, que la presente tesis se acoge el enfoque sustancial o constitucional (constitucionalización del Derecho Penal).
- (8) De ahí que se hable de la constitucionalización del Derecho Penal, que implica la limitación de un número considerable de principios del Derecho Penal por la Constitución y la evaluación crítica de las normas penales desde la perspectiva del Derecho Constitucional, esto, a su vez, implica la utilización como criterio (constitucional) de interpretación y aplicación no solo de

La pena⁽⁹⁾ (privativa de libertad) se encontraría legitimada en la medida que sea necesaria, esto es, no existe otro medio (de control social) grave que limite derechos fundamentales como la libertad personal, y a su vez sea útil funcionalmente, esto es, le comunicará positivamente al quien recaerá la pena, y logrará reinsertarlo socialmente (formará parte de la economía laboral del Estado); y la justificación de la pena se encuentra en que el comportamiento no permitido jurídico-penalmente perjudica de manera insoportable la coexistencia, libre y pacífica de los ciudadanos en sociedad.

Establecido el rol que la Constitución Política del Estado tiene para el Derecho Penal dentro de un Estado Social y Democrático de Derecho, ahora, se puede establecer el fundamento constitucional de la pena. Al respecto, el Tribunal Constitucional (TC) peruano, siguiendo a Mir Puig (1994), señaló que el fundamento de la pena [y también la del delito] se encuentra en la concepción de Estado Social y Democrático de Derecho (STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fj 8), ya que en éste Estado, a través

las normas penales, sino de las (principales) instituciones funcionales del Derecho Penal. El Tribunal Constitucional peruano se ha pronunciado, a través de sus sentencias, sobre dicho proceso de constitucionalización del sistema punitivo, concretamente del Derecho Penal (p. ej., véase la STC Exp. N° 0012-2006-PI/TC, del 15 de diciembre de 2006.). A propósito aquí, resulta pertinente señalar lo que el autor César Landa (2006) menciona en el libro titulado “Jurisprudencia y Doctrina Penal Constitucional”: “las bases del Derecho Penal no hay que buscarlas en las leyes, sino en la Constitución (orden jurídico fundamental).” (pp. 263-264)

- (9) La pena es un concepto complejo, que casi resulta imposible de concebirla en forma precisa, no obstante ello, en la doctrina penal se la concibe, a grandes rasgos, como una sanción jurídico-penal; es una consecuencia jurídico-penal, producto de la comisión u omisión de un determinado hecho punible (delitos o faltas), que se impone por el órgano jurisdiccional en el proceso penal. Desde la perspectiva constitucional, la pena según Serrano-Piedecabras, citado por el Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 003-2005-PI/TC, 2006, fj. 248), “consiste en una privación de bienes jurídicos prevista en la ley que se impone por los órganos jurisdiccionales competentes al responsable de un hecho delictivo.” (1999, p. 49). Desde la perspectiva filosófica jurídica, la pena es uno de los medios más importantes de control social formal como poder estatal.

del Derecho Penal, va a combatir a la delincuencia y a su vez, proteger y tutelar los derechos de los ciudadanos, respetando los principios y valores constitucionales; es decir, el órgano jurisdiccional en representación del Estado impondrá una determinada pena (al delincuente)⁽¹⁰⁾ con orientación preventiva, observando el principio de legalidad, de proporcionalidad, de protección de bienes jurídicos, de culpabilidad, entre otros, con la finalidad de proteger y tutelar los derechos de todos los miembros de la sociedad.⁽¹¹⁾

2.1.1 La Pena en un Estado Social y Democrático de Derecho y en un Estado Constitucional de Derecho

Antes de conocer cuál es la función y finalidad de la pena en un Estado Social y Democrático de Derecho resulta importante mencionar algunos supuestos

(10) Según el Tribunal Constitucional peruano, la pena (privativa de la libertad) se justifica constitucionalmente en la protección de la sociedad contra el delito. (Ver STC, Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003, fj. 208)

(11) Según el Tribunal Constitucional peruano:

El Estado Social y Democrático de Derecho, como alternativa política frente al Estado liberal, asume los fundamentos de este, pero además le imprime funciones de carácter social. Pretende que los principios que lo sustentan y justifican tengan una base y un contenido material. (...) (STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003, fj.12, párr. 1)

El modelo de Estado Constitucional precitado, se configura en base a dos aspectos básicos según el Tribunal Constitucional peruano:

La existencia de condiciones materiales para alcanzar sus presupuestos, lo que exige una relación directa con las posibilidades reales y objetivas del Estado y con una participación activa de los ciudadanos en el quehacer estatal; y la identificación del Estado con los fines de su contenido social, de forma tal que pueda evaluar, con criterio prudente, tanto los contextos que justifiquen su accionar como su abstención, evitándose tornarse en obstáculo para el desarrollo social. (Ver STC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003, fj. 12, párr. 3)

constitucionales, con la finalidad de tener una visión completa sobre esta cuestión; el Estado Social y Democrático de Derecho como principio, posibilita la integración del Estado y la sociedad, así como la democratización del Estado (STC Exp. 0008-2003-AI/TC, 2003, fj. 13),⁽¹²⁾ que a su vez implica el sometimiento de todos – incluido la propia administración– al imperio de la ley y la preeminencia del Poder Legislativo respecto a los demás poderes del Estado (Poder Judicial y el Poder Ejecutivo); siendo la función del Derecho Penal, según el Tribunal Constitucional (2006) peruano:

[la de] procurar, fundamentalmente, servir a todos los ciudadanos, evitando que la pena se convierta en un fin en sí mismo, y que desconozca el interés por una convivencia armónica, el bienestar general o las garantías mínimas que la Norma Fundamental le reconoce a toda persona. Conforme a ello, el Derecho Penal debe orientar la función preventiva de la pena con arreglo a los principios de culpabilidad, de exclusiva protección de bienes jurídicos o de proporcionalidad, entre otros. (STC, Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fj. 9)

La pena según el Tribunal Constitucional (2006) peruano, en un Estado Social y Democrático de Derecho, es “uno de los principales instrumentos que utiliza el Estado para exigir el cumplimiento de las disposiciones del ordenamiento jurídico, su función no puede encontrarse desvinculada a su vez de la función que

(12) El Estado Social y Democrático de Derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de Derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien pretende conseguir su mayor efectividad, dictándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. (SSTC, Exp. N° 0008-2003-AI/TC, 2003, fj. 11; Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fj. 6).

cumple el Estado.” (Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fj. 8).⁽¹³⁾ El Tribunal Constitucional también señala, parafraseando a Mir Puig (1994), que existe una vinculación axiológica entre la función de la pena y la función del Estado (Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fj. 8). El autor parafraseado, señala que:

No solo la pena, sino también el delito han de encontrar, pues, su fundamento en la concepción de Estado social y democrático de derecho, que se convierte así en el soporte (valorativo) de los dos pilares sobre los que gravita todo el sistema (teleológico) de la Parte general del Derecho Penal. (Ver STC, Exp. N° 0012-2006-PI/TC, fj. 8; Mir, 1994, p. 31)

El fin de la pena, en un Estado democrático y social de derecho, según el Tribunal Constitucional (2006) peruano, “en especial la privativa de libertad, por estar orientadas a evitar la comisión del delito, operan como garantía institucional de las libertades y la convivencia armónica a favor del bienestar general” (SSTC, Exp. N° 0012-2006-PI/TC, 2006, fj. 10; Exp. N° 0019-2005-PI/TC, 2005, fj. 40).

En un Estado Constitucional de Derecho, existe una supremacía de la norma constitucional, de los principios constitucionales (penales), ya no tanto de la ley y los derechos sociales, con exclusión de los fundamentales;⁽¹⁴⁾ el Estado para el logro del bienestar general, se vale de medios de control social formal (Bustos &

(13) Según el ordenamiento jurídico-penal, la función de la pena son tres: preventiva, protectora y resocializadora (Código Penal, 1991, artículo IX del Título Preliminar), referido a la generalidad, esto es, a la etapa de conminación legal de la pena, la de su aplicación y la de su ejecución.

(14) Estado Constitucional de Derecho no significa existencia de inseguridad jurídica o la arbitrariedad en las actuaciones de los órganos de la administración pública, incluido el jurisdiccional, sino todo lo contrario, en vista de que todo el ordenamiento jurídico se desarrollará dentro del marco jurídico de la Constitución Política del Estado.

Hormazábal, 1994, 1997), siendo uno de ellos, el control penal o de Derecho Penal que se expresa mediante la imposición de una determinada pena (o medida de seguridad) a la persona que cometió un determinado delito, protegiendo de esta manera bienes jurídicos fundamentales, tanto individuales como colectivos;⁽¹⁵⁾ imposición que deberá estar acorde con los valores y principios que la Constitución Política consagra.⁽¹⁶⁾

La pena en un Estado Constitucional de Derecho cumple una función de protección de los derechos y bienes de los ciudadanos y tiene una finalidad preventiva, ello significa que las normas jurídico penales se deben interpretar y aplicar de acuerdo con las normas constitucionales y los principios que ella consagra; y ello tiene que ver con el redimensionamiento del Derecho Penal y las disciplinas afines a esta, por la influencia de los principios, valores y derechos constitucionales, y que debe ser entendida dentro del marco de la Constitución. La pena como expresión del ius puniendi del Estado debe de respetar la dignidad de la persona, en tanto que esta constituye el centro de todo Estado democrático de Derecho (Choclán, 1997, p. 88), siendo uno ellos el Estado Constitucional.

2.2 Teorías de la Pena

2.2.1 La Teoría Absoluta (Retributiva)

A). La Teoría Retributiva

(15) El Derecho Penal en Estado Constitucional de Derecho cumple un rol muy importante en el mantenimiento del equilibrio en libertad de la sociedad.

(16) Principios, como el principio de proporcionalidad, de humanidad (de las penas), de igualdad, de culpabilidad, entre otros principios.

La tesis de las teorías absolutas o retributivas,⁽¹⁷⁾ la pena es un mal, por haber cometido un mal (delito), esto es, se le sanciona a una persona por haber realizado un mal uso de su libertad (Kant) y se le impone por razones de justicia o de imperio del Derecho.⁽¹⁸⁾ La idea fundamental de esta teoría se expresa en el apotegma *quia peccatum est* (Ernst, 2007, p. 522). La pena es retribución por la comisión de un delito, es la compensación como consecuencia de su hecho. En esto se agota y termina la función y fin de la pena.⁽¹⁹⁾ La pena debe ser equivalente al daño causado por el delito. La pena no persigue ninguna utilidad social, es independiente de ella. Estas teorías miran al pasado del que delinquiró.^{(20).(21)}

Encuentra que la pena solo tiene sentido si es retribución de la culpabilidad y, en consecuencia, no puede imponerse simplemente como medio para conseguir

(17) Se dice teorías absolutas (compensación de la culpabilidad), porque en doctrina existen varios teorías como autores existen al respecto, pero con diferencias mínimas, todos conciben a la pena como retribución al pasado del delincuente (haber cometido un delito); y se preguntan el porqué de la pena. Por ejemplo, según Lesch (1999), dentro de esta teoría encuentra la teoría de la expiación y la teoría de la retribución (p. 7 et seq.).

(18) La pena solo busca la realización de la justicia, no busca ninguna utilidad social, ya que el ser humano poseedora de dignidad, es un fin en sí mismo, no puede ser instrumentalizado.

(19) Claus Roxin (1993, p. 19) señala, que la teoría de la retribución de la pena en la actualidad ya no resulta sostenible científicamente y que según esta teoría la misión del Derecho Penal, es la protección subsidiaria de los bienes jurídicos, como tal es criticable, ya que la pena no puede dejar de lado su fin social. Además, de acuerdo con esta teoría, se impone una pena allí donde no es necesaria por razones de protección de bienes jurídicos, como tal esta ya no cumple funciones del Derecho Penal, ergo pierde legitimación social. Esta teoría mantuvo su vigencia por sus fundamentos filosóficos del idealismo alemán como, por ejemplo, [Inmanuel Kant].

(20) En cambio, las teorías relativas miran al futuro.

(21) Sus máximos representantes son: Inmanuel Kant y Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Expresan retribución moral y retribución jurídica, respectivamente.

otro bien para el delincuente mismo o para la sociedad.⁽²²⁾

2.2.2 La Teoría Relativa (Preventiva)

El presente enfoque respecto a la pena (fundamento o finalidad) se refiere al grupo considerable (de autores) que consideran que la pena tiene una finalidad preventiva de la comisión de futuros delitos (el otro grupo nada despreciable son aquellos que afirman que la pena sirve para reparar las consecuencias dañosas del delito perpetrado) (Jiménez, [1992], p. 27). En tal sentido a este grupo se le denomina “teorías relativas”, porque miran a la pena como un medio que es legítimo y tiene un fin, no absoluto, sino relativo, cambiante y circunstancial, como lo es el fin útil de la prevención (evitación) del delito, el mismo que constituye su objetivo (Cobo & Vives, 1999).⁽²³⁾ Estas teorías observan hacia el futuro, responden a la pregunta del porqué de la pena. La pena no es un mero instrumento que se impone con fines retributivos, sino con fines preventivos ante la afectación de bienes jurídicos fundamentales en los que la sociedad se sustenta y que son necesarios para su mantención. Está dirigido a prevenir la comisión de delitos futuros (Jaén, 1998, pp. 27-28).

Las teorías relativas de la pena tiene su fundamento filosófico en el iluminismo del siglo XVIII (p. ej., Beccaria), a finales, y consideran que la pena tiene una finalidad preventiva de racionalizar los delitos que se puedan cometer en el futuro

(22) Una de las críticas que se le formula a esta teoría, es que la supresión del mal causado por el delito mediante la aplicación de una pena es puramente ficticia porque, en realidad, el mal de la pena se suma al mal del delito. Además, se señala, en la doctrina, que detrás de esta teoría está el antiguo principio del talión-ojo por ojo, diente por diente.

(23) La idea de utilidad de la pena o de su eficacia encuentra su límite, en un Estado de Derecho, en la idea de justicia.

(Jaén, 1998).⁽²⁴⁾

Ahora bien, dependiendo desde qué punto de vista la pena cumple un fin útil para la prevención de delitos, la doctrina (al respecto) se ha dividido en dos (grandes) posiciones; es decir, aquellos que afirman que la pena incide –con la criminalización positiva en la norma jurídico-penal– en el conjunto de la colectividad (donde la pena actúa positiva [refuerza o motiva] o negativamente [disuade o intimida])⁽²⁵⁾ y en aquellos que afirman que la pena incide, de manera individualizada, en el infractor de la norma jurídico-penal (sea negativa o positivamente),⁽²⁶⁾ pero también existen sus variantes, con algunas diferencias, a las que se les ha denominado como teorías eclécticas, la teoría de la unión o diferenciadora o, la teoría dialéctica de Claus Roxin, que a continuación se explicará brevemente.

A). La Teoría de la Prevención General Negativa

La teoría de la prevención general negativa; es general, porque la pena actúa en la colectividad que no delinquiró; y negativa, porque actúa intimidándolos, con la finalidad que se abstengan de delinquir. En este sentido, según esta teoría la pena

(24) Según Luis Prieto, ya los penalistas de la ilustración concebían al fin de la pena como preventiva; miraban más hacia el futuro que en el pasado con la imposición de la pena; y la pena siempre va a generar daño al que la padece (2007, p. 46).

(25) A estos se les denomina como teoría de la prevención general fue constituido en un sentido moderno por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, quien considera a la pena como una amenaza formulada en la ley dirigida al conjunto de la comunidad, con el fin conjurar el peligro latente en su seno. Opera como “coacción psicológica” en el momento abstracto de la incriminación legal; sus ideas han influido en el Código Bávaro de 1813. Tiene como premisa básica al ser humano racional (piensa en costos y beneficios). En este sentido también se puede consultar bibliografía de Filangieri, Bentham.

(26) A estos se les denomina como teoría de la prevención especial, tiene como su mentor principal a Franz Von Liszt.

actúa sobre la colectividad intimidándolos, con la finalidad que se abstengan de cometer delitos.⁽²⁷⁾ La finalidad de la imposición de una pena reside en la fundamentación de la efectividad de la amenaza penal, ya que sin esta amenaza quedaría inefectiva.⁽²⁸⁾ Dado que la ley debe intimidar a todos los ciudadanos, pero la ejecución debe dar efectos a la ley.⁽²⁹⁾ Siendo evidente de esta manera, el fin puramente intimidatorio negativo de la pena hacia la colectividad (los ciudadanos), frente a la comisión de hechos punibles.⁽³⁰⁾

B). La Teoría de la Prevención General Positiva

Con la pena no solo se busca una pura intimidación negativa, sino también una función fortalecedora (afirmación) del Derecho (Penal), a esto se le conoce en la doctrina como teoría de la prevención general positiva.⁽³¹⁾ Según esta teoría, la pena genera un efecto criminal pedagógico (aprendizaje) en la colectividad que no

(27) Este aspecto de la teoría de la prevención general ve a la sociedad como un conjunto de delincuentes en potencia.

(28) Feuerbach concibe a la prevención general es su aspecto negativo, influido por el legalismo liberal de su época, refiriéndose a la conminación legal contenida en la ley, es en ese sentido de que la pena sirve como amenaza dirigida a los ciudadanos por la ley para evitar que delincan. La ejecución de la pena solo tiene sentido, en esta construcción, para confirmar la seriedad de la amenaza legal. (Mir, 2005, p. 91)

(29) La prevención general negativa, tomada en su versión pura, aspira a obtener con la pena la disuasión de los que no delinquieron y pueden sentirse tentados de hacerlo (Zaffaroni, Alagia y Slokar, 2002, p. 57).

(30) Una de las críticas que se le formula a esta teoría, en el plano político y teórico, es que permite legitimar la imposición de penas siempre más graves, porque nunca se logra la disuasión, como lo prueba la circunstancia de que los crímenes se siguen cometiendo (Zaffaroni et al., 2002, p. 59).

(31) Según los autores Zaffaroni et al. (2002), esta teoría surge “ante lo insostenible de la tesis anterior [teoría de la prevención general negativa] frente a los datos sociales y a las consecuencias incompatibles con el estado de derecho [*sic*]” (p. 60).

delinquir: más allá de sugerencias de disuasión, tiende a mantener o reforzar la confianza de los consocios respecto del ordenamiento jurídico.^{(32).(33)}

Con la aplicación y ejecución de la pena se mantiene o refuerza, simbólicamente, la confianza de la población en el sistema jurídico, particularmente en el Derecho Penal (sus normas jurídicas), lográndose de esta manera, su respeto o la conciencia social de la norma.⁽³⁴⁾

Según, la prevención general positiva los ciudadanos, la colectividad en general, podrán interactuar libremente dentro de una determinada sociedad, con confianza, esto es, que sus bienes jurídicos no serán vulnerados por los demás, toda vez que

(32) La función de la pena para Lesch (1999, p. 28) es el reforzamiento de la conciencia colectiva (que trata Durkheim (1988)), de los valores éticos de la convicción jurídica (que tratan de manera similar Welsel (1969, 1975), Otto (1975), Schmidhäuser (1963, 1975), AK-Hassemer (s.f.), Jescheck (1988) y Stratenwerth (1981)), o, ejercicio en el reconocimiento de la norma (que tratan la jurisprudencia del Supremo Tribunal Federal y el Tribunal Constitucional Federal alemán, Jakobs (1991, 1995), Achenbach (1974), Ostendorf (1976), Hassemer (1990) y Haffke (1976)).

(33) Según Mir (2006, p. 62), Roxin (1981) denomina a esta teoría, “prevención general compensadora” o “integradora socialmente”, que se contenta con el mantenimiento del orden jurídico y de la afirmación de la fe en el Derecho, se consigue respetando el límite de culpabilidad. Mir también señala, parafraseando al autor citado, que la pena se puede imponer de acuerdo con esta teoría, por debajo de la adecuada a la culpabilidad, siempre y cuando no resulte insuficiente para la “defensa del orden jurídico”. Esta defensa mínima supone, “la última forma de prevención general, su límite último de contención.”

(34) Esta concepción es distinta a la *concepción etizante* de Hans Welsel, en el sentido de que el Derecho Penal, a través de la pena, no protege valores ético-sociales e indirectamente bienes jurídicos; tampoco con la *concepción sistémica*, en el sentido que el Derecho Penal, a través de la pena, no busca la vigencia de las normas jurídicas sino, aquello sea necesario y razonablemente protegible, bajo criterios derivados de la idea de dignidad de la persona humana, propios de un Estado Constitucional de Derecho (llámese bienes jurídicos, por ejemplo).

existe un sistema jurídico penal vigente y eficaz.⁽³⁵⁾

C). La Teoría de la Prevención Especial Positiva

La teoría de la prevención especial positiva considera que la pena tiene una función positiva de mejoramiento del propio delincuente, que se expresa en el momento de la imposición de la pena y la ejecución de la misma.⁽³⁶⁾ La pena es un bien en el que recaerá, bien moral o psicofísico. Esta teoría cree en la resocialización, reeducación, reinserción, repersonalización, etcétera del infractor de la norma jurídico penal, especialmente en el reincidente.⁽³⁷⁾ La prevención especial persigue la profilaxis frente al delito mediante la actuación en el autor en un triple nivel (la pena debe **intimidar** al autor socialmente integrado para que no cometa nuevos delitos, **resocializar** al autor habitual y **proteger** a la sociedad frente al autor irrecuperable (Demetrio, 1999, p. 64).

(35) Una de las críticas que se le formula a esta teoría, es que la pena bajo esta concepción implicaría que el Derecho Penal tendría una injerencia (ilimitada) en los derechos y libertades de las personas. De ahí que sea necesario aplicarla bajo estricto respeto de los principios jurídicos penales (*V.gr.*, el principio de intervención mínima) propios de un Estado Social y Democrático de Derecho. No obstante ello, una agravación de la pena bajo criterios de esta teoría genera en el sistema jurídico codificado, “una transformación en la relación entre la legislación y la jurisprudencia penales” y, en general, una adecuada y buena percepción política-jurídica del órgano jurisdiccional (Hassemer, 2006).

(36) La versión positivista de la teoría de la prevención especial positiva (representado por Ferri, Von Liszt, Ancel), atribuye a la pena “la función de reparar la inferioridad peligrosa de la persona para los mismos fines y frente a los mismos conflictos y en la medida necesaria para la resocialización, repersonalización, reeducación, reinsertación, etc.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 57).

(37) Dos de las críticas que se le formula a esta teoría es que oculta el carácter penoso de la pena y llega incluso a negarle su nombre, reemplazándolo por sanciones y medidas; y considera que la cárcel es el medio adecuado para el condenado (y procesado), ya que le procurara un mejoramiento moral y ético, y a la humanidad en su conjunto.

D). La Teoría de la Prevención Especial Negativa

La teoría de la prevención especial negativa considera que la pena, en el momento de su aplicación y su ejecución, sobre todo en esta última, tiene la finalidad de neutralización y eliminación del infractor de la norma jurídico penal. Es una amenaza dirigida al propio autor, a quien se le comunica que si reincide se le impondrá nuevamente la pena (Righi, 2010).⁽³⁸⁾ Considera al infractor como un ser inferior, ya que es un mal para la sociedad (cuerpo social⁽³⁹⁾). Esta teoría representa el agotamiento de la teoría anterior (prevención especial positiva), en el sentido de que cuando las ideologías de la resocialización, repersonalización, reeducación, reinserción, etcétera, fracasan se recurre a la neutralización del delincuente.⁽⁴⁰⁾

2.2.3 La Teoría Mixta o Ecléctica de la Unión [*Excurso* Teoría dialéctica de Roxin]

Las teorías mixtas o eclécticas de la unión (*Vereingunstheorien*), actualmente dominante, surgen a consecuencia de la “lucha de escuelas”, fruto de una actitud de compromiso, conciliadora, que trata de armonizar las aportaciones valiosas tanto de la teorías absolutas como de las teorías relativas, “reconduciéndolas a un modelo o

(38) La teoría de la prevención especial negativa, desde el punto de vista criminológico (representado por Garofalo), la pena tiene como función la “eliminación o neutralización física de la persona para conservar una sociedad que se parece a un organismo o a un ser humano, a la que ha afectado una disfunción que es síntoma de la inferioridad biopsicosocial de una persona y que es necesario responder en la medida necesaria para neutralizar el peligro que importa su inferioridad.” (Zaffaroni et al., 2002, p. 57).

(39) Esta teoría responde a una visión corporativa y organicista de la sociedad, que es el verdadero objeto de atención, pues las personas son meras células, que cuando son defectuosas y no pueden corregirse, deben eliminarse (Zaffaroni et al., 2002).

(40) Dos de las críticas que se le formula a esta teoría es que la neutralización no es más que una pena atroz impuesta por selección arbitraria; asimismo, degrada el concepto de persona, en la medida que considera como una célula.

marco cerrado” (García-Pablos, 2009, p. 253).⁽⁴¹⁾ En este sentido los autores de esta teoría (eclectica) señalan que la pena, como se trata de un mismo fenómeno complejo, cumple distintas funciones, esto es, es retribución (de la culpabilidad; idea de la justicia) y prevención (del delito; idea de utilidad) al mismo tiempo. La pena será legítima en la medida en que sea, a la vez, justa y útil (García-Pablos, 2009).

Esta teoría ecléctica se divide en dos direcciones; una dirección da prioridad a las exigencias de la justicia sobre las de la prevención (teoría retributiva de la unión), es decir, se orienta preferentemente hacia la justicia; consideran que la función del Derecho Penal de protección de la sociedad, protección de bienes jurídicos, ha de realizarse con fundamento en una retribución justa y que la función de prevención (de la pena) es solo complementaria a ésta. La otra dirección se orienta prioritariamente hacia la utilidad, esto es, la pena es preventiva (teoría preventiva de la unión), correspondiendo únicamente a la retribución la función de límite máximo de las exigencias de prevención,⁽⁴²⁾ lográndose de esta manera, impedir que la pena sea superior a la merecida por el hecho cometido (pena justa como límite); de acuerdo con esto, se puede prescindir de la pena en determinados

(41) En este sentido la pena, según García-Pablos (2009) “‘es’ retribución proporcionada al mal culpable del delito, pero también se ‘orienta’ a la realización de otros ‘fines’ de prevención general y de prevención especial; a la prevención de futuros delitos, y a la resocialización del autor” (p. 253). [*punitur, quia peccatum est, ne peccetur*]. Sus principales representantes en el continente europeo (Alemania y España) son: R. V. Hippel, A. Merkel, E. Mezger, J. Baumann, H. Maurach, G. Stratenwert, H. Welsel, C. Roxin, M. Zugaldía Espinar, J. Cobo Del Rosal, entre otros (pp. 254-256).

(42) Importa señalar que no se debe mal interpretar, que la función social preventiva de la pena tiene como base a un delincuente que va a reincidir, sino a un delincuente que no se va a desocializar con la pena impuesta por el órgano jurisdiccional.

casos, asimismo, se busca soluciones útiles que no sean injustas.⁽⁴³⁾

Según Jescheck (1978) citado por García-Pablos (2009, p.253), estas teorías son producto de una reflexión práctica y de una experiencia atenta al fenómeno “global”, “total”, del fenómeno de la pena; y de un método (el dialéctico). Particular atención merece la teoría dialéctica de la unión del autor Claus Roxin; dialéctica porque acentúa la oposición de los diversos puntos de vista y trata de alcanzar una síntesis.⁽⁴⁴⁾ La forma de alcanzar esta síntesis, según el autor Roxin, consiste en atribuir a la pena distintas funciones –consideración “gradual” de los fines de la pena–, según el momento de que se trate, esto es, según se trate de la amenaza o la conminación legal, del momento de la determinación de la pena o del momento de la ejecución. De manera que, para el autor precitado la pena no tiene una función ni un fin exclusivo (también es preventiva).

En cada una de estos momentos (fases), según García-Pablos (2009, p. 264), parafraseando a Roxin, la pena estaría llamada a cumplir un fin distinto, si bien ninguna de ellas sería independiente del anterior o anteriores, sino que asumiría los fines de estas. García-Pablos también señala, parafraseando al mismo autor citado, que trata de subsanar los defectos metodológicos de las teorías monistas (una de las críticas a estas teorías), atentas solo a manifestaciones parciales de la potestad punitiva del Estado y los de las teorías de la unión, que adicionan, sin orden ni

(43) Según Maurach (1971) citado por García-Pablos (2009, p. 257), las teorías de la unión no es meramente un conjunto de teorías que admitan una pluralidad de fines o funciones de la pena, sino el modo en que estos se combinan (teorías absolutas y teorías relativas).

(44) Como complemento a esto, Lesch (1999), parafraseando a Roxin, señala que la teoría de la unión dialéctica, se presenta con la pretensión de aunar los “aspectos acertados” de las diferentes teorías de la pena en una “concepción superadora” y de suprimir las debilidades mediante un “sistema de complementación y limitación” (p. 41).

sistema las diversas perspectivas del fenómeno ‘total’ de la pena.⁽⁴⁵⁾

2.3 Posición del Tribunal Constitucional Peruano Respecto de la Pena

Según el Tribunal Constitucional peruano⁽⁴⁶⁾ la pena cumple funciones de prevención

(45) La “teoría dialéctica” del autor Claus Roxin, se le considera no como una variante de la teoría de la unión, sino una síntesis distinta a estas, para quién además, señala que la pena es un fenómeno pluridimensional que cumple diferentes funciones en cada uno de los momentos en que aparece. Otra teoría ecléctica no menos importante es la “teoría diferenciadora” de Eberhart Schmidhäuser (1975), quien es citado por García-Pablos (2009, p. 262), quien para comprender el fenómeno de la pena realiza una distinción entre una teoría de la pena en cuanto “fenómeno” social totalizador, global y el aspecto vivencial o experimental de la pena, contemplando en los diversos momentos del proceso por el que discurre la pena estatal, y las diversas personas que protagonizan los mismos; asimismo, afirma que la función (principal) de la pena es la prevención general comprendida y que la resocialización (prevención especial) ocupa un lugar importante, pero no es lo suficiente para fundamentar el fin de la pena, esto es, del porqué se castiga. Estas teorías mencionadas no son las únicas que existen en la doctrina penal y son criticadas al igual que las teorías monistas (p. ej., el intento de paliar los defectos de las teorías absolutas y relativas a través de la mera “yuxtaposición” o “adición” de los fines de cada una de ellas –sin ningún otro criterio rector– conduce necesariamente al fracaso). Para complementar a este punto, se puede mencionar un ejemplo de teorías de la unión y es la “teoría de la unión aditivas”, que en Alemania se encuentran representadas especialmente por el Tribunal Constitucional Federal alemán, “la compensación de la culpabilidad, la prevención, la resocialización del autor, la expiación y la retribución por el injusto que se ha llevado a cabo” (Lesch, 1999, p. 41), y constituyen según Callies (1989) citado por Lesch (1999), “un mismo puchero en el que todo se mezcla y lo incompatible se afirma compatible”, un “mercado de posibilidades entre sí, del que cada cual, atendiendo a la oportunidad política, se sirve de lo que se desea libremente.”

(46) El Tribunal Constitucional peruano sigue a la doctrina penal mayoritaria y a la jurisprudencia constitucional colombiana e italiana respecto de la pena (privativa de libertad) en la Constitución Política de 1993. Véase por todos, el Expediente N° 0019-2005-PI/TC del 21 de julio de 2005, ffjj. 30-33 (Congreso de la República vs. Congreso de la República, asunto Ley N° 28568 que modifica el CP); y el Expediente N° 0014-2006-PI/TC del 19 de enero de 2007, ffjj. 6-13 (Colegio de Abogados del cono norte de Lima vs Congreso de la República, asunto Ley N° 28726 que modifica el CP y el CPP de 1991).

general y prevención especial, en un Estado Social y Democrático de Derecho; las cuales gozan de protección directa por la Constitución Política del Estado, asimismo, no niega la naturaleza retributiva que trae consigo las sanciones punitivas (STC, Exp. N° 0019-2005-PI/TC, 2005). En tal sentido señala, lo siguiente:

37. Este colegiado ya ha descartado que conciba a la retribución absoluta como el fin de la pena. Ello, desde luego, no significa que se desconozca que toda sanción punitiva lleva consigo un elemento retributivo. Lo que ocurre es la pretensión de que ésta se agote toda su virtualidad en generar un mal en el penado, convierte a éste en objeto de política-criminal del Estado, negando su condición de persona humana, y, consecuentemente, incurriendo en un acto tan o más execrable que la propia conducta del delincuente.

38. Sin embargo, las teorías preventivas, tanto la especial como la general, gozan de protección constitucional directa, en tanto y en cuanto, según se verá, sus objetivos resultan acordes con el principio-derecho de dignidad, y con la doble dimensión de los derechos fundamentales; siendo, por consiguiente, el mejor medio de represión del delito, el cual ha sido reconocido por el Constituyente como un mal generado contra bienes que resultan particularmente trascendentes para garantizar las mínimas condiciones de una convivencia armónica en una sociedad democrática. (STC, Exp. N° 0019-2005-PI/TC, 2005)⁽⁴⁷⁾

(47) En esta sentencia el Tribunal Constitucional peruano desarrolla las teorías de la finalidad de la pena que existen en la doctrina penal (teoría retributiva absoluta, teoría de la prevención, general y especial, y sus vertientes, y la teoría de la unión). Claro, el Tribunal Constitucional lo subtitula como “teorías acerca de la finalidad de la pena privativa de libertad”, cuando en realidad se trata de teorías de la pena, en general.

Como se observa, en la parte citada de la sentencia constitucional, el Tribunal Constitucional saludablemente realiza una interpretación de la norma constitucional en relación a la pena, sus teorías y, especialmente, los fines de la pena; interpretación que se basa principalmente, eso que se conoce en la doctrina penal, como principio[-derecho] dignidad de la persona humana, que irradia a todo el sistema jurídico, particularmente al sistema penal, dentro del Estado Constitucional que se adoptó.

3. Determinación Judicial de la Pena

Tras la comisión del hecho punible por una persona determinada, sea mediante una acción u omisión, viene la formalización de la denuncia respectiva por parte del representante del Ministerio Público, con la finalidad que sea sancionado (a título de autor o de partícipe) o sea absuelto, según sea el caso, dentro del proceso penal. La sanción puede ser una pena o medida de seguridad,⁽⁴⁸⁾ será una pena cuando la persona es hallado responsable de la comisión de un hecho típicamente antijurídico (delito o falta), en razón de que tiene capacidad de culpabilidad, conocimiento (virtual) de la antijuricidad y le es exigible actuar de acuerdo a Derecho; y será una medida de seguridad igualmente como la anterior, pero en esta situación, la persona (mayor de 18 años de

(48) El sistema jurídico-penal peruano de sanciones, está establecida, principalmente, en el Código Penal de 1991, y comprende a la pena (privativa de libertad, limitativa de derechos, restrictivas de libertad y la multa, ¿pena electrónica?) y a la medida de seguridad (internación y tratamiento ambulatorio). El aspecto teórico-dogmático de este sistema, carece de desarrollo (original) por diversas causas, basta solo con mencionar uno de ellos, se asume (y adopta) posturas del Derecho comparado (sea de doctrinas o de legislación), carentes de críticas constructivas, que tiene o tenga como base el modelo de Estado Constitucional que se adoptó (Estado Social y Democrático de Derecho).

edad) carece de capacidad de imputación, sea porque sufre una grave alteración de la conciencia, en general, padece de alguna grave anomalía psíquica relevante jurídico-penalmente; es decir, es inimputable, claro esta consideración es distinta a los supuestos establecidos en el artículo 20º del Código Penal de 1991.

Por otro lado, la atribución de las consecuencias jurídicas del hecho punible (penas, medidas de seguridad, entre otras) al autor o partícipe es todo un proceso (dinámico) sistematizado y ordenado que realiza el órgano jurisdiccional, dentro del proceso penal, siendo una de ellas, la determinación de la pena, pero a nivel judicial, se señala esto, porque existe, previamente, la determinación de la pena a nivel legislativo (*Strafßbemessung*) realizado por el legislador, en la ley penal; pero se debe centrar en el primero, en la determinación judicial de la pena (*Strafzumessung*).⁽⁴⁹⁾

En la determinación judicial de la pena se lleva a cabo (se materializa) la conminación penal de la ley para el caso concreto y constituye el punto más importante, dentro del marco del proceso penal, donde se hace referencia al autor y al hecho punible (elementos circundantes).

De lo expuesto en los párrafos precedentes, cabe formular la siguiente interrogante: ¿qué es la determinación judicial de la pena?, es el conjunto de actividades debidamente sistematizados y ordenados que realiza el órgano jurisdiccional para identificar de cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer al procesado en el caso concreto. Es decir, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, extensión y el modo de ejecución de la pena o consecuencia accesoria que resulten aplicables al caso.⁽⁵⁰⁾

(49) En la doctrina se menciona de una teoría general de la determinación judicial de la pena o de una dogmática de la determinación de la pena como, una disciplina científica autónoma. (Véase Monterde, F., 2007, p. 573; Zipf, H., 1995, pp. 688-691; Calderón & Choclán, 1999, p. 486; Roxin, 1981, p. 148).

(50) El autor Víctor Prado señala, que “la determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un Juez [*Sic*] penal.” (Acuerdo Plenario Nº 1-2008/CJ-116 de julio, 2008, fj. 9). Precisando más aún, señala:

No obstante de la definición antes mencionada, en la presente tesis se adoptó la definición del autor Jescheck (1993), como la tercera función autónoma del juez penal y representa la cúspide de su actividad resolutoria, claro, junto a la apreciación de la prueba y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados;⁽⁵¹⁾ y detallando más esta definición (del autor precitado), es la fijación por el juez de las consecuencias jurídicas de un delito, particularmente la pena (privativa de libertad), según la clase, gravedad y forma de ejecución de aquella(s), “escogiendo entre la pluralidad de posibilidades previstas legalmente.” (p. 785)^{(52).(53)}

Con la expresión determinación judicial de la pena, se alude a toda la actividad que desarrolla el operador jurisdiccional para identificar de cualitativo y cuantitativo la sanción a imponer en el caso subjudice. Esto es, a través de ella se procede a evaluar y decidir sobre el tipo, la extensión y el modo de ejecución de la pena (...) o consecuencia accesorias que resulten aplicables al caso. (2010, p. 130)

(51) Resulta *conditio sine qua non* precisar, del porqué es importante (cúspide) este momento o fase. Se debe a que se da tras haber superado 2 momentos o fases del proceso de determinación de responsabilidad jurídico-penal de un determinado procesado (acusado), esto es, de la verificación de la tipicidad formal (subsunción de la conducta en el tipo penal respectivo), la prueba y destrucción de la presunción de inocencia. Y en el tercer y último momento (fase) es la aplicación de la pena, en esto se da la determinación judicial de la pena. Por otro lado, el autor Hans-Heinrich Jescheck denomina al instituto jurídico de la determinación judicial de la pena “individualización de la pena” que, a su vez, lo diferencia de la determinación legal de la pena (1993, pp. 785-788). En la presente tesis, se hace y se hará referencia como determinación judicial de la pena.

(52) Detalle que fue adaptada de la concepción de individualización de la pena del autor alemán Hans-Heinrich Jescheck (1993, pp. 785-795); y, que en la presente tesis no se tratará de la determinación judicial de la medida de seguridad, sino solo de la pena (privativa de libertad).

(53) Resulta conveniente precisar que esta definición de determinación judicial de la pena (*vide supra*) concibe, valga la redundancia, como un acto de discrecionalidad (parametrada) del órgano jurisdiccional; así, lo señala Heinz Zipf (1995, pp. 793-794):

El dogma de la discrecionalidad del juez de la instancia, que dominó sin contrapeso alguno la medición judicial de la pena por décadas ha experimentado bajo estas circunstancias una evolución ulterior en dos direcciones. La concepción aún dominante

Que, si bien es cierto de la definición antes esgrimida, la determinación de la pena no comprende solo la fijación de la pena, esto es, la elección de la clase y monto de la pena, tal como su nombre parece indicar, también es cierto que hace referencia al modo de ejecución de la pena establecida, tales como la suspensión condicional de la pena, el cumplimiento en un establecimiento penitenciario determinado o bajo ciertas condiciones, la imposición de reglas de conducta, la indemnización del daño, o la forma de pago de la multa, entre otras. Es decir, “se trata de un acto complejo, en el cual, según las disposiciones legales, se debe dar cumplimiento de la reacción penal estatal frente a la comisión de un hecho punible.” (Ziffer, 1996, p.23).⁽⁵⁴⁾

El autor Jescheck (1993) afirma: “En esa labor el juez debe liberarse de los prejuicios personales, las simpatías y las emociones, y orientar su sentencia exclusivamente conforme a criterios objetivos de valoración” (p. 787).

La definición antes mencionada, es la que ha venido siguiendo la doctrina y jurisprudencia peruana; muestra de ello es la siguiente ejecutoria superior:

(...) la determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias

sigue viendo a la medición judicial de la pena como una decisión discrecional, pero ha llenado y delimitado crecientemente con reglas jurídicas, a un punto tal que se puede tratar de una decisión discrecional vinculada al derecho. Esta concepción es defendida por Jescheck, Schmidhäuser, entre otros. Un paso más allá va una concepción desarrollada en los últimos años, al que ve a la medición judicial de la pena básicamente como aplicación del derecho, con reglas en parte escritas y en parte no escritas (Frisch, Zipf, entre otros).

En la presente tesis, se adoptó la primera definición, esto es, la determinación de la pena como un acto de discrecionalidad limitada (reglada) de parte del órgano jurisdiccional.

(54) Resulta conveniente precisar aquí, lo siguiente: la aceptación de la definición mencionada (vide *supra*) no significa necesariamente aceptar tanto la noción de culpabilidad (deficiencia en la actitud interna frente al Derecho) como la teoría gradual (pena puntual) o, que la misión del Derecho Penal sea la protección de valores ético-sociales, entre otras nociones y definiciones relacionadas con el tema que de interés para la presente tesis, son propias de Hans-Heinrich Jescheck.

jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. La determinación judicial de la pena no comprende como su nombre parece indicar, solamente la fijación de la pena aplicable, sino también su suspensión condicional con imposición de obligaciones e instrucciones, la amonestación con reserva de pena, la dispensa de pena, la declaración de impunidad, la imposición de medidas de seguridad, la imposición del comiso y de la confiscación, así como de las consecuencias accesorias (...). (Primera Sala Penal Especial, Sentencia Exp. N° 85, 2008, apartado VIII párr. 2).⁽⁵⁵⁾

3.1 Función de la Determinación Judicial de la Pena

La función de la determinación judicial de la pena es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidos en cuenta y cuáles pueden ser descartados en el caso; y según la jurisprudencia (peruana) es la identificación y decisión sobre la calidad e intensidad de las consecuencias jurídicas que corresponden aplicar al autor o partícipe de un delito.⁽⁵⁶⁾

(55) Otra muestra dada por la Corte Suprema de Justicia de la República (2008) señala: “La determinación judicial de la pena es el procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con aquella tercera decisión que debe adoptar un juez penal” (Salas Penales permanente, transitorias y especial, IV Pleno Jurisdiccional (Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116)); en la doctrina, es la tercera decisión autónoma del órgano jurisdiccional que se refiere a la función principal, precedida por la apreciación de las pruebas y a la aplicación del precepto jurídico-penal a los hechos probados (Jescheck, 1993).

(56) Para Ziffer (1996) la función principal de la determinación de la pena:

es la identificación de los criterios que deben orientar la decisión y la fijación de cuáles son las circunstancias que deben ser tenidas en cuenta y cuáles pueden ser descartadas en

4. La culpabilidad en la Determinación Judicial de la Pena

Ante la preocupación por parte del órgano jurisdiccional respecto al fin o fines preventivo(s) de la pena, se generó la necesidad (innegable en el presente) de tomar en consideración otras circunstancias (hechos) que no constituyen en sí el delito cometido, en el momento de la determinación judicial de la pena; es decir, el órgano jurisdiccional va a tener que valorar otros hechos, más exactamente, *ampliar el hecho*, pero sin que ello implique la lesión del principio de culpabilidad, con la finalidad que no se altere la necesidad de reacción frente a la comisión de un determinado delito, además, ha de considerarse que según este Derecho Penal, la graduación del delito (ilícito) y de la culpabilidad constituye(n) la base de la determinación judicial de la pena.⁽⁵⁷⁾ Es así que, adquiere verdadera importancia la idea de culpabilidad en la determinación de la pena, pero una culpabilidad graduable (gradación de la culpabilidad), esto es, una culpabilidad en sentido amplio.

Ahora bien, la necesidad de ampliar el concepto de culpabilidad se debe a que la culpabilidad como categoría dogmática de la teoría del delito, distinta a la culpabilidad en la determinación judicial de la pena, tiene elementos distintos a la de aquella, los mismos

el caso. La delimitación de estos factores y su influencia sobre la pena concreta dependen en gran medida de la decisión previa acerca cuál es la finalidad de la pena dentro del sistema. (p. 24)

(57) La culpabilidad en la determinación judicial de la pena es de trascendental importancia en vista de que resulta *conditio sine qua non* conocer con qué idea o concepto de culpabilidad determina y gradúa la pena el órgano jurisdiccional, al aplicar la ley penal al autor o partícipe de un determinado delito; es decir, con una culpabilidad como categoría dogmática de la teoría del delito o con una concepción distinta a ésta, pero que está enmarcado dentro de una culpabilidad de hecho o por el grado de injusto culpable. Asimismo, porque representa una solución al problema desde la perspectiva preventiva de la pena, referido a que el órgano jurisdiccional deberá tomar en consideración –valorar– otros hechos (circunstancias) que no son constitutivos del delito en sí, en el momento de la determinación de la pena.

que son graduables, y no los de ésta;⁽⁵⁸⁾ siendo concebida, por tanto, como el conjunto de presupuestos necesarios para poder culpar y responsabilizar a alguien por el evento que motiva la pena,^{(59).(60)} llegándose a identificar con la total gravedad del delito imputable a su autor; y según el autor Santiago Mir (2006) este sentido de la culpabilidad sirve como baremo de la determinación de la pena según la gravedad de la pena (p.199). De manera que la culpabilidad en la determinación judicial de la pena implica que el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, deberá apreciar y valorar factores o elementos que estén más allá del hecho delictivo, pero que estén relacionados, en forma directa, con dicho hecho.⁽⁶¹⁾

(58) Posición sostenida por Claus Roxin, Hans Achenbach y Heinz Zipf, principalmente por los dos primeros (Ziffer, 1996). La culpabilidad mencionada en el § 46 del Código Penal alemán es criticada, mayoritariamente, en la doctrina penal de la mencionada nacionalidad, esto es, la culpabilidad como fundamento de la pena. Esta culpabilidad es distinto a la culpabilidad de la determinación de la pena, tal como se viene sosteniendo en los párrafos precedentes, y que aquella se refiere más bien si puede o no ser castigado el delincuente (*vide supra*).

(59) Siendo lo contrario, la acepción estricta de culpabilidad (dogmática) que se refiere solo a los presupuestos que condicionan la posibilidad de atribuir el hecho antijurídico a su autor (Ver García-Pablos, 2009, p. 521).

(60) En igual sentido, Heinz Zipf señala que:

El concepto de culpabilidad subyacente a la medición judicial de la pena no es idéntico al concepto de culpabilidad de la teoría del delito (en el sentido del tercer elemento de la construcción del hecho punible, cfr. § 30, n° 1 y ss.), sino que sigue sus propias reglas. (1995, p. 724)

Conviene aclarar aquí, el hecho de citar a este autor no es que se comparta su posición, sino la idea es que la culpabilidad en la determinación judicial de la pena es distinta a la culpabilidad como categoría del delito, tal como así lo señala el autor Claus Roxin (1981), en la fundamentación de la categoría de la *responsabilidad*, parafraseando a Achenbach, en el sentido de que es necesario distinguir entre culpabilidad como fundamento de la pena y *culpabilidad en la determinación de la pena*, pues ambos conceptos son diferentes tanto en su sustrato material como en su estructura teleológica (p. 151).

(61) Aunque no todos los autores comparten esta idea, así por ejemplo, Ziffer (1993, p. 99), quien cita a Horn (1992), señala que:

Según Ziffer (1996, p. 91), parafraseando a Roxin (1974), señala que la gravedad de la culpabilidad depende del grado de lesión al bien jurídico (protegido por el Derecho Penal), cuyo valor es atribuido por la sociedad, y que la prevención se convierte en factor decisivo para la graduación de la culpabilidad, y en el momento de la determinación judicial de la pena es especialmente importante, ya que establece límites a la necesidad de imponer una sanción penal con base a fines preventivos.^{(62).(63)}

El concepto de culpabilidad al momento de graduar la pena no puede ser otro que el de la teoría del delito. En efecto, cuando se habla de una pena “adecuada” a la culpabilidad, ello significa que el grado de culpabilidad solo puede ser expresado en unidades de pena.

Otro autor es Besio (2012), quien considera que la culpabilidad como categoría del delito, en la determinación judicial de la pena, se hace presente en la operativización de las circunstancias concurrentes (agravantes y atenuantes) en un determinado caso concreto, teniendo mayor peso específico las atenuantes sobre las agravantes, de tal manera que los primeros serían anulados –por los segundos–, ante la compensación (racional) de las circunstancias concurrentes; asimismo, la culpabilidad le dotaría de racionalidad al proceso de determinación judicial de la pena. (p.15)

(62) A criterio personal del investigador, se diría que bajo una concepción funcional de culpabilidad distinta a la de Jakobs (motivación defectuosa), claro está; la culpabilidad se manifestaría de manera distinta en el momento de la determinación judicial de la pena, esto es, ya no solo se referiría al hecho punible cometido, sino también a la personalidad del autor; en cuanto al hecho, el órgano jurisdiccional tomaría en cuenta tanto los hechos directos como los mediatos o indirectos en la graduación de la pena; es decir, los hechos constitutivos del delito (elementos circundantes) y los hechos que no son constitutivos del delito, pero que tienen una relación (funcional) mediata, con el delito cometido. En la doctrina se critica respecto este último aspecto, en el sentido de que cualquier factor sería tomado en cuenta, abriéndose una brecha, de tal manera que la pena a imponer al autor sería excesiva, esto es, estaría más allá de lo que significaría la culpabilidad por el hecho cometido, esto no es del todo cierto, en vista de que el órgano jurisdiccional observaría de manera obligatoria (por ley) los principios del Derecho Penal de culpabilidad por el hecho, específicamente de la determinación judicial de la pena (*V.gr.*, el principio de humanidad, etc.), constituyendo ello su límite.

(63) Esta concepción se encuentra muy vinculada a la teoría del ámbito de juego, sostenida (defendida) por Roxin (*Vide infra*: capítulo I: 5.a) de la presente tesis). Por otro lado, aquí

Evidenciando de manera manifiesta, la consideración de la culpabilidad en la determinación judicial de la pena, Ziffer (1996, pp. 91-92), parafraseando a Zipf (1977), señala que el legislador determina en el marco penal la culpabilidad posible para una cierta clase de delito; el órgano jurisdiccional, en la determinación de la pena, es quien dentro de ese marco fija cuál es el marco de culpabilidad, fijando una zona límite que debe ser lo más estrecha posible; siendo las bases de la determinación de la pena, la gravedad del hecho en su significación para el ordenamiento jurídico, y se determina por la medida de la conducta contraria al deber y por la medida de las consecuencias imputables del hecho.⁽⁶⁴⁾

Y como complemento a lo antes mencionado, resulta importante mencionar que la culpabilidad por el hecho implica que la peligrosidad del autor no puede determinar en ningún caso un marco penal por encima del adecuado a la gravedad de la culpabilidad. Sin embargo, la ausencia de peligrosidad criminal y las circunstancias personales favorables del reo pueden determinar la rebaja del marco penal determinando el límite

cabría hacer una crítica *–prima facie–*, en el sentido de que la graduación de la culpabilidad depende exclusivamente de un suceso incierto (futuro), no se tiene certeza sobre su acaecimiento. Esta crítica caería por su propio peso en vista de que el fin de la pena, en un Estado de Derecho, no es exclusivamente preventivo, sino además compensadora de la culpabilidad (retributiva). Esto es al margen de la posición de aquellos que sostienen que la culpabilidad tiene elementos de prevención (general), máxime tiene finalidad (Jakobs).

(64) En sentido similar y reforzando más aun esta idea, y profundizando la misma, Bockelmann señala que la culpabilidad en la determinación de la pena ha de entenderse “como de aquellas circunstancias decisivas en la determinación de la pena.” (Roxin, 1981, p. 151 [ver Nota 11 de esta pág.]); asimismo, Heinz Zipf (1995) señala que la culpabilidad de la medición judicial de la pena se construye a partir de dos componentes; el componente de acción, que tiene que ver con la valoración de la conducta reprochable del autor de acuerdo a su concreto contenido de culpabilidad, siempre con sujeción a la realización del tipo penal del hecho punible; y el componente de resultado, que resulta *conditio sine qua non* para la medición judicial de la pena y es distinto al disvalor del resultado, se refiere a la atribución de las consecuencias típicamente antijurídicas al autor del hecho punible. (pp. 724-732)

mínimo de la pena la prevención especial y no la culpabilidad (Roxin, 1981).

5. Teorías de Determinación Judicial de la Pena

Las teorías o corrientes de la determinación judicial de la pena surgen a consecuencia de formularse la pregunta respecto a qué fin o fines de la pena debe atender el órgano jurisdiccional al momento de la determinación y graduación de la pena; es decir, si obedecer a criterios retributivos, preventivos generales y preventivos especiales, en forma conjunta, o si, por el contrario, solo a uno de todos estos criterios, con la finalidad de que haya una concordancia entre los fines de la pena.⁽⁶⁵⁾

Todas estas teorías parten de la necesidad de determinar la pena partiendo de la ponderación de la culpabilidad como fundamento de la pena⁽⁶⁶⁾ y se diferencian en el modo y amplitud en que este “primer resultado” puede modificarse por razones de prevención especial y prevención general (positiva y negativa). Todas buscan cómo alcanzar la pena justa.⁽⁶⁷⁾

(65) Este extremo no se pretende hacer dogmática de la determinación judicial de la pena, sino describir y mostrar la situación (actual) de la teoría de la determinación judicial de la pena, que es de origen alemán, con la finalidad de lograr un conocimiento integral respecto del tema de la presente tesis.

(66) Que, ahora se discute si la culpabilidad es el fundamento de la pena, ya que se puso en duda sobre su concepción teórica y su demostración; más bien solo existe certeza sobre su función de límite a la pena (potestad punitiva del Estado) y que el marco penal legal solo expresa la medida de la culpabilidad; y que solo por fines político-criminales vigentes se aplica la pena ante un hecho delictivo concreto.

(67) No está demás señalar, que en la presente tesis se concibe a la determinación judicial de la pena como un acto de discrecionalidad vinculada al Derecho y no se asume una concepción como un Derecho (ver Nota 53 de la presente tesis, capítulo I). Con ello se da a entender que la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, en la imposición de la pena, no queda a su libre

a). Teoría del Ámbito de Juego

La teoría del ámbito de juego (*spielraumtheorie*) fue elaborado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*Bundesgerichtshof-BGH*) y es actualmente dominante, y sostiene que existe un determinado marco de culpabilidad para la determinación de la pena, dentro de determinados extremos (mínimo y máximo). Esta teoría parte de la premisa de que no es posible determinar la gravedad de la culpabilidad en un punto cierto del marco penal legal y que una pena adecuada a la culpabilidad admite un “marco de culpabilidad” cuyos límites están constituidos por un máximo ‘todavía’ adecuado a la culpabilidad y por un mínimo ‘ya’ adecuado a ella; dentro de este marco o “ámbito de juego” la pena debe ser fijada y graduada teniendo en cuenta fines preventivos, en particular, fines de prevención especial. (Ziffer, 1996)⁽⁶⁸⁾

La vigencia de esta teoría, según Ziffer (1996, p. 49) parafraseando a Horn (1993), se debe no tanto en sus argumentos particulares, sino que es consecuencia y, de alguna manera, trata de justificar su existencia, ante la inseguridad dominante en materia de determinación de la pena. Los defensores del ámbito de juego reconocen que la teoría no se encuentra en condiciones de mostrar un monto determinado (de pena), sino que

albedrío, pues de ser así, se estaría convalidando decisiones arbitrarias e injustas, carente de razonabilidad. (Peña, 2009, p. 127).

(68) En ese sentido una muestra de la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán es la siguiente sentencia (BGHSt, 1954) citado por Demetrio (1999, pp. 188-189):

La pena adecuada a la culpabilidad no puede ser exactamente determinada. Existe un espacio de juego que está delimitado por arriba por la pena ya adecuada a la culpabilidad y por abajo por la pena todavía adecuada a la culpabilidad. El juez no puede sobrepasar el límite superior. No está autorizado a imponer una pena tan severa en cuanto al tipo y cantidad que no sea ya, según su apreciación, adecuada a la culpabilidad. El juez puede sin embargo decidir, según su criterio, en qué medida debe aplicar la pena dentro del espacio de juego.

solo es posible mostrar un ‘marco’. La misma autora, a renglón seguido, siguiendo a Schaffstein (1973), señala que:

Todas las construcciones teóricas que se ha intentado contraponerla padecen de los mismos defectos que se advierte en la *Spielraumtheorie*. Ella es defendida afirmando que presenta la ventaja respecto de la pena puntual, de concebir a la pena dentro de un marco que se admite impreciso, pero cuya existencia facilita al juez acertar con la pena correcta. Esto es mucho más sencillo –se afirma– si es posible moverse dentro de un ‘ámbito’ que si se trata de hallar un ‘punto’ preciso.

El autor Roxin (1981) citado por Demetrio (1999, p. 195), entiende que la teoría del espacio de juego es, tanto por razones prácticas como teóricas, correcta, el marco determinado por la misma debe cumplimentarse únicamente de acuerdo con criterios de prevención especial; y que la prevención general ya no cumple ninguna función en esta fase, toda vez que sus exigencias son satisfechas plenamente con la pena correspondiente a la culpabilidad (esto debido a que el legislador alemán ha presupuesto, en la configuración del §46 párr. I, sección 1º del Código Penal alemán, que la culpabilidad es el fundamento de la determinación de la pena, ello mismo constituye ya un criterio de prevención general así como la existencia de un determinado grado de lesión al bien jurídico, cuyo valor determinado por la sociedad). Sin embargo, también se debe tomar en consideración la posibilidad (excepcional) de imponer una pena inferior al grado mínimo del marco de culpabilidad, debido a circunstancias que se dan en la personalidad del autor (reo), ello con la finalidad de evitar su no socialización.⁽⁶⁹⁾

(69) A esta teoría se la critica, según Ziffer por “la indeterminación de los conceptos utilizados, tanto del de culpabilidad como los relacionados con los fines preventivos; no existe ningún parámetro concreto que permita siquiera intuir cuál es la pena ‘ya’ adecuada a la culpabilidad

El autor Demetrio (1999, p. 190) parafraseando a Gribbohm (1995), señala: “A esta teoría se le reconoce un significado fundamental para la solución del problema de las antinomias entre los fines de la pena.” Asimismo, Bruns (1974) citado por Demetrio (1999, *loc. cit.*) señala que:

La teoría del espacio de juego quiere reducir la dureza de los términos de dicha antinomia que los presentan excluyentes entre sí, e implantar una conciliación entre los mismos que supere el sincretismo inútil de las teorías de la unión, y otorgue a la discusión una cierta armonía.

b). Teoría de la Pena Exacta o Puntual

Los partidarios de la teoría de la pena exacta o puntual (*punktstrafetheorie*) surgen, *prima facie*, como opuesta a la teoría del ámbito de juego, en cuanto niega la existencia de un “marco de culpabilidad” (espacio de juego), y afirman, por el contrario, que solo existe una única pena justa y adecuada a la culpabilidad. La culpabilidad debe concretarse en un punto exacto.⁽⁷⁰⁾

Para esta teoría existe una única pena completamente determinada que corresponda a la culpabilidad del autor. Así como, es el juez quien debe determinar la pena conforme a aquella que resulta exactamente ajustada a la culpabilidad del sujeto, sin

o la ‘todavía’ adecuada” (1993, p. 93). De la misma manera Albrecht (1994) citado por Demetrio (1999, p. 195) crítica a esta teoría en el sentido de que es producto de varios problemas metodológicos y teóricos.

(70) Ese sentido Ziffer (1996, p. 51), siguiendo a Kaufmann (1961), señala:

La culpabilidad es siempre una medida fija y determinada, y por ello, la pena correcta solo podría ser una. Pero desde el punto de vista del conocimiento, no es posible conocer cuál es la medida exacta de la culpabilidad de un autor, y dado que la culpabilidad es un fenómeno metafísico [punto de vista ontológico, ya superado], tampoco es posible averiguar a partir de ella una medida de pena determinada matemáticamente.

atender a necesidades preventivas.⁽⁷¹⁾ En ese sentido Magariños señala al respecto: “Como se advierte con toda claridad, se trata de una postura basada en una concepción retribucionista de la pena.” (1993, p.74)⁽⁷²⁾

c). Teoría del Acto de Gestación Social

La teoría del acto de gestación social (“*Thorie des sozialen Gestaltungaktes*”)⁽⁷³⁾ sostiene Demetrio (1999, pp. 197-198), parafraseando a Dreher (1977), que el juez no puede encontrar la pena justa, sino él mismo tiene que determinarla en el interior del marco penal típico mediante un acto de gestación creador, que tiene que orientarse en

(71) No obstante, de lo anteriormente mencionado, la teoría de la pena puntual se asemeja a la teoría del ámbito de juego; así se observa en Jescheck (1993), cuando señala:

El acto de la individualización de la pena debe entenderse, más bien, de forma que el juez parte de la pena adecuada a la culpabilidad según su parecer (pena puntual) y la modifica, a favor de otros fines penales, mediante combinaciones de las diversas posibilidades de sanción. (p. 795)

Por otro lado, se señala que, este autor adopta una postura intermedia (teoría de la pena exacta relativizada), esto es, la pena se impone bajo criterios no solo retributivos sino además, preventivos; pero esto es rechazado en la versión pura de esta teoría.

(72) A esta teoría se la crítica, por un lado, por la incorrección de su presupuesto teórico, es decir, que la culpabilidad pueda en algún caso conducir a un punto exacto dentro del marco penal típico; y por otro, en cuanto que supone un absoluto inmovilismo político criminal. Esta teoría fue rechazada por el Tribunal Supremo Federal alemán (BGH).

(73) Esta teoría fue defendida fundamentalmente por Eduard Dreher, quien sostiene que la teoría de la individualización judicial de la pena se divide en dos grupos: a) el que entiende que la pena adecuada a la culpabilidad puede derivarse de la ley, siendo labor del juez tan solo encontrar dicha pena. En este grupo encajan, a su juicio tanto la teoría de la pena exacta como la teoría del espacio de juego, que fue materia de explicación anteriormente; b) el que entiende que la determinación de la pena es un acto de gestación creador por parte del juez, mediante determinadas pautas valorativas derivadas del ordenamiento jurídico, inmerso en la vida social. (Demetrio, 1999)

las pautas valorativas del ordenamiento jurídico. Demetrio también, a renglón seguido, señala que conforme a esta idea, el autor parafraseado entiende, que el enjuiciamiento de la gravedad de la culpabilidad es sobre todo un acto valorativo, que no se refiere solo a una consideración global cerrada, sino a la valoración de los numerosos factores reales particulares de la determinación judicial de la pena [él lo denomina individualización judicial de la pena]. Pues bien, siguiendo al mismo autor parafraseado, esta valoración no se halla, en una sociedad plural, prefabricada en la ley, sino que solo puede ser acometida por el juez a través de un ejercicio personal (Demetrio, 1999).

Asimismo, para esta teoría, según Demetrio (1999), siguiendo al mismo autor parafraseado, el órgano jurisdiccional al fin y al cabo es el que forma o crea la pena dentro de la estructura de la sociedad en donde se desempeña, pues no existe una pena adecuada a la culpabilidad; ya que, es un producto específico de la realidad social y tiene legitimación social (es aceptado), e incluso por el propio procesado (reo).⁽⁷⁴⁾

d). Teoría del Valor Jerárquico del Empleo

La teoría del valor posicional o del valor relativo o de empleo

(74) A esta teoría se la crítica, obviamente a su defensor Dreher, por adoptar el resultado de la teoría de la pena puntual, toda vez que concibe a la pena como exigencia en cada caso correcta a juicio de la comunidad (de la sociedad); además de la teoría retributiva de la pena puntual, bajo criterios preventivo general positiva, como es la dependencia de la pena correcta en el caso concreto de criterios difusos, tales como la “convicción jurídica de la población”, entre otros. (Demetrio, 1999)

(*stellungswerttheorie*),⁽⁷⁵⁾ sostiene que la determinación de la pena se da dentro de la punición del hecho punible cometido y se da en etapas, donde se debe determinar el peso o valor de los fines de la pena; y que la pena debe ser determinada en un primer momento con base en criterios retributivos. Así, en la primera etapa se debe graduar la culpabilidad en proporción a la gravedad del hecho, pero sin consideración en necesidades preventivas, y que la culpabilidad queda fijada en un punto fijo dentro del marco establecido por el legislador; y en la segunda etapa se determina la clase y el modo de ejecución de la pena, con base a criterios preventivos, la culpabilidad no juega ningún papel en esta etapa. (Ziffer, 1996)⁽⁷⁶⁾

Según Ziffer (1996, p. 52), parafraseando a Horn (1993), señala que “la decisión del monto de la pena antecede a toda otra decisión. El monto de la pena es solo expresión de la medida y gravedad del hecho ilícito culpablemente cometido.” Ziffer también señala que la determinación judicial de la pena es expresión de la culpabilidad en unidades de pena, específicamente pena de prisión (pena privativa de libertad), que

(75) Esta teoría fue fundada por Heinrich Henkel, asimismo, fue reelaborada dogmáticamente sobre todo por Eckhard Horn y sustentada criminológicamente por Heinz Schöch (Demetrio, 1999, p. 199; Roxin, 1981, pp. 117-118).

(76) Asimismo, según Demetrio (1999):

Esta teoría exige una separación tajante entre una pura determinación del máximo de pena fundamentada culpablemente (primera fase, en la que la culpabilidad tiene por misión determinar por sí sola la duración de la pena), y una individualización penal, que solo podrá realizarse desde punto de vistas preventivos y que consiste en la elección de tipo de pena, y en la aplicación o no de la suspensión de la pena para la remisión condicional, o el apercibimiento con reserva de pena (segunda fase, que debe orientar la decisión sobre los aspectos mencionados) [Demetrio señala, que a esto es aplicable, según sea el caso, los parágrafos 47, 56 y 59 del Código Penal alemán-StGB]. (pp. 199-200)

servió como modelo a esta teoría alemana.^{(77).(78)}

e). Teoría de la Proporcionalidad con el Hecho

La teoría de la proporcionalidad con el hecho (*“Tatproportionalitätstheorie der Strafzumessung”*) como corriente político-criminal,⁽⁷⁹⁾ parte de la crítica a la ideología del tratamiento (resocialización del delincuente), como teoría de la determinación judicial de la pena; en este sentido, sus partidarios proponen ceñirse para la medición de la pena a la gravedad del hecho de acuerdo con la nocividad del comportamiento y la culpabilidad del autor, con el objetivo último de realizar objetivos de igualdad y de justicia en la individualización judicial de la pena, antes que objetivos preventivos (Demtrio, 1999, pp. 203-204).⁽⁸⁰⁾

(77) Ziffer (1996) afirma, que esto es posible en el sistema alemán en cuanto prevé una equivalencia absoluta entre la pena de prisión y la multa, a través del sistema de los días-multa.

(78) Adicionalmente, esta teoría es criticada mayoritariamente por la doctrina alemana, por el método que propone, ya que no se condice con el §46 párr. I (sección 2º) del Código Penal alemán, en el sentido de que ordena al órgano jurisdiccional, en el momento de la determinación de la pena, tener en cuenta las “consecuencias para la vida futura del autor”, y que ejerce influencia determinante en la misma el criterio preventivo especial (de la pena), reflejándose ello en una limitación o ampliación de la ejecución de la pena. También se le critica el por qué eligió como unidad de medida o modelo la pena de prisión y no la pena de multa; así como, no existen argumentos sólidos acerca del por qué la culpabilidad no jugaría ningún papel en la elección de la clase de pena, pero sí criterios de prevención especial, entre otras críticas. (Véase Ziffer, 1996, pp. 52-53).

(79) Esta teoría también es denominada neoproporcionalismo o “Neoclasicismo”, aunque muy discutida, es dominante en algunos países escandinavos (Feijóo, 2007, p. 6).

(80) La tesis de Bernard Schünemann (1977, 1987, 1991) citado por Demetrio (1999, p. 206), está a favor de esta teoría y parte de una fundamentación preventiva de la pena, de la determinación judicial de la misma y de su ejecución con la finalidad de protección de bienes jurídicos; para la elaboración de su teoría, Schünemann realiza una delimitación negativa y una delimitación positiva; en la primera, trata de críticas de los puntos de vista preventivos (de la

Así, la proporcionalidad sería tanto una exigencia entre el hecho y la sanción, así como entre las consecuencias jurídicas de los diferentes tipos de delitos. La solución al problema ya conocido sobre si la proporcionalidad determina una cantidad fija de pena, u ofrece los límites de la pena a imponer, y el carácter meramente limitador del principio de proporcionalidad y el hecho de dejar a la intuición del juez, la determinación de la pena, se da gracias a la proporcionalidad absoluta y la proporcionalidad relativa (en términos matemáticos equivale a *proporcionalidad cardinal* y *proporcionalidad ordinal* [Cid, 2002]).(Demetrio, 1999, p. 804)⁽⁸¹⁾

pena); y, en la segunda, trata de una síntesis con fundamento en los principios fundamentales del ordenamiento jurídico de la igualdad y de la proporcionalidad. Según el autor Bernardo Feijóo (2007), esta teoría fue mejor defendida por Tatjana Hörnle y parafraseando a esta autora señala:

La teoría de la proporcionalidad al hecho, establece una orientación de la determinación de la pena a la teoría del delito o al injusto culpable, considerando que la determinación de la pena debe hacerse depender sólo [*Sic*] de la gravedad del hecho, es decir, de la dimensión del desvalor del hecho. Lo decisivo, pues, pasa a ser identificar los factores que en casos concretos permiten realizar adecuadamente el desvalor del hecho delictivo. (p. 9)

Asimismo, Feijóo también señala, parafraseando a la autora precitada, que:

La orientación [de esta teoría] al sistema del delito a) facilita teóricamente la fundamentación de por qué un factor de determinación de la pena debe ser introducido en el catálogo de los datos a tomar en consideración, b) permite la normativización de los factores de determinación judicial de la pena y, c) además, ayuda a aprovechar el grado de desarrollo que ha alcanzado la teoría jurídica del delito. (2007, loc cit.)

- (81) La proporcionalidad relativa se refiere a la pregunta por la equivalencia entre las penas correspondientes a los diferentes delitos, de modo que aquellas personas que hubieran cometido delitos equiparables deberían recibir penas equiparables (salvo concurrencia de especiales circunstancias atenuantes o agravantes, que modifican la nocividad o la reprochabilidad del comportamiento), y personas que hubieran cometido delitos no equiparables, deberían recibir penas graduadas conforme a su gravedad. Por el contrario, la proporcionalidad absoluta se refiere a la dimensión y al punto inicial de una determinada escala penal. Es decir, una vez que se hubiera determinado la pena de otros delitos, podría determinarse proporcionalmente la del resto, pero el problema consiste en hallar

Según esta teoría la exigencia de proporcionalidad en la determinación judicial de la pena no se deriva de consideraciones preventivos-generales (ni preventivas en modo alguno, generales o especiales, que rechazan en su totalidad), sino de consideraciones de justicia.^(82) Sin embargo, las consideraciones preventivo-generales podrían eventualmente entrar en consideración si se considera posible reducir proporcionalmente todas las penas de la escala, sin que ello hiciera temer un aumento considerable de la tasa de criminalidad; es decir, un papel en el marco de la determinación legal de la pena (Demetrio, 1999, pp. 204-205).⁽⁸³⁾

f). Teoría de la Retribución de la Culpabilidad por el Hecho

La teoría de la retribución de la culpabilidad por el hecho (Demetrio, 1999, pp. 210-211), parte del rechazo a la instrumentalización de la violencia del Derecho Penal que lleva a caracterizar como ilegítimos tanto los fines preventivo-generales como preventivo-especiales. Esta teoría sostiene la necesidad de recurrir a una fundamentación pre - positiva, con la finalidad de evitar las contradicciones

el punto inicial conforme al cual se fija la pena del delito en referencia. Para este último no existe una única pena merecida, motivo por el cual la proporcionalidad absoluta, al contrario que la proporcionalidad relativa, sólo fija fronteras (Hirsch & Jareborg, citado por Demetrio (1999), p. 204).

(82) Que sin temor a equivocarse, para esta teoría se impondría la pena solo bajo criterios retributivos.

(83) Teoría que se la crítica, tanto de la perspectiva político-criminal, ya que se entiende que excluir fines preventivos en la determinación judicial de la pena constituye una involución lamentable respecto al avance de la racionalización del proceso de conciliación de antinomias en el sistema penal que había logrado la teoría del espacio de juego; como desde una perspectiva dogmática, ya que se entiende que plantea de modo ilógico la relación entre la fundamentación del Derecho Penal y la determinación judicial de la pena.(Demetrio, 1999, p. 205).

de los factores positivos de determinación de la pena.⁽⁸⁴⁾

Para la solución de la contradicción entre los factores de determinación de la pena ha de partir, no solo en función del interés sistemático en una concreción libre de contradicciones de los factores de determinación de la pena, sino también para la propia limitación de la violencia penal, del acogimiento legal de la libertad (*“Rechtsgesetzlichkeit der Freiheit”*), o compensación de la culpabilidad por el hecho (*“Tatschulddausgleich”*).

La determinación instrumental preventivo-general del Derecho Penal, y por consiguiente, cada determinación de la pena en este sentido, no es posible si se parte del concepto de Derecho Penal expresado (que se basa en la compensación de la culpabilidad por el hecho).

Sin embargo, atendiendo a la praxis de la determinación preventivo-general de la pena puede ser explicado parcialmente como Derecho Penal de la culpabilidad.⁽⁸⁵⁾

De lo expuesto anteriormente, se colige que esta teoría, parte de una fundamentación pre-positiva del Derecho Penal de carácter retribucionista con base en un determinado concepto de Derecho Penal, de las cuales trata de extraer las consecuencias que su punto de inicio tiene en la determinación de judicial de la pena; consecuencias que pasan por el rechazo a la prevención general como fin de la pena y como, también, fundamento individualizador de la pena.

(84) Teoría que es sostenida principalmente, por Michael Köhler, quien critica a la prevención general como fundamento de la determinación judicial de la pena (Demetrio, 1999, p. 210).

(85) Se critica a esa teoría, porque termina justificando las consecuencias de una agravación preventivo-general de la pena en su determinación mediante su justificación a través del tipo de injusto (Demetrio, 1999, pp. 211-212).

6. Modelos de Determinación [Judicial] de la Pena

Las modelos o teorías de determinación [judicial] de la pena que explican las formas de las conminaciones punitivas legales, esto es, la forma del cómo están regulados (o no) los criterios de determinación de la pena, por el órgano jurisdiccional, en los códigos penales (o leyes especiales); en el Derecho continental europeo (*civil law*)⁽⁸⁶⁾ comparado, son básicamente seis modelos,⁽⁸⁷⁾ sin descartar los modelos eclécticos, que a continuación se explicará brevemente.

(86) A propósito aquí, es necesario señalar, brevemente, a modo de complemento, el modelo de determinación judicial de la pena en el *common law*, particularmente el americano (Estados Unidos), la determinación de la pena estaba en absoluta discreción del juez (unipersonal) (*indeterminate sentencing model*-modelo de establecer penas indeterminado); la debe determinar dentro del marco penal que se apoya en la vigencia de los acuerdos entre el fiscal y el acusado, siendo el juez un mero arbitro que solo vigila que no avasalle al acusado por la contraparte. Este modelo de determinación de la pena era duramente criticado, generaba desconfianza en el juez, ya podía determinar una pena excesiva, esto es, desproporcional; ante esto en 1987 se introduce, mediante las *Federal Sentencing Guidelines*, ciertos criterios de determinación de la pena (*sentencing guidelines model*-modelo con parámetros para establecer la pena); así, se menciona que la pena deberá reflejar la gravedad del delito, deberá fomentarse el respeto al derecho y, finalmente, lograrse una pena justa. Ahora, últimamente, con el famoso caso *Blakely vs Washington*, el cambio de paradigma impulsado por los reformadores ha significado que los jueces tengan un punto de partida para determinar la pena en un caso típico de hurto, robo, robo agravado por el uso de armas, etcétera. Es decir, existen una enumeración de factores que incrementarán o harán decrecer el cálculo de la pena aplicable si esos factores diferenciales se presentan en el caso; este sistema de parámetros le brinda a los jueces un sitio desde el cual pueden separarse si encuentran agravantes o atenuantes. Por otro lado, sus sistema de penas son tasadas, absolutas y de duración relativamente indeterminadas. (Véase William Pizzi, s.f., pp. 77-92).

(87) Otros prefieren denominarlo sistemas (*V.gr.*, Fernando Velásquez Velásquez).

a. El Modelo de Tabulación de Agravantes y Atenuantes con Penas Fijas.

El modelo de tabulación de agravantes y atenuantes con penas fijas, consiste en señalar en forma rígida las causas de agravación y atenuación estableciendo un máximo cuando concurren agravantes, un mínimo cuando se detectan atenuantes, y una pena intermedia si no existen ni unas ni otras o se duda entorno a su presencia.

Este modelo surge de la mano del racionalismo filosófico y la desconfianza hacia el juez; y fue acogido por los códigos penales (legalistas) de Francia de 1791 y de Brasil de 1830, que actualmente no están vigentes.

b. El Modelo o Sistema de Tabulación con Señalamiento de Criterios Generales de Tasación, seguido de Atenuantes y Agravantes con Penas Flexibles.

El modelo o sistema de tabulación con señalamiento de criterios generales de tasación, seguido de atenuantes y agravantes con penas flexibles; consiste en indicar algunas pautas generales para la imposición de la pena entre un mínimo y un máximo señalado para cada infracción –dentro del cual el juez debe moverse–, seguidas de unas circunstancias de mayor y de menor punibilidad.

Este modelo fue acogido por el Código Penal Bávaro de 1813, que actualmente no está vigente.

c. El Modelo de Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales.

El modelo de penas flexibles sin enunciación de criterios generales, consiste en señalar un mínimo y un máximo de pena para realizar la tarea de determinación de la

pena, aunque sin indicar –como norma general– los criterios generales de determinación de la misma.

Este modelo fue acogido por el Código Penal francés de 1810, que actualmente no está vigente.

d. El Modelo de Tabulación de Circunstancias con Penas Relativamente Rígidas.

El modelo de tabulación de circunstancias con penas relativamente rígidas, consiste en realizar un largo listado de agravantes y atenuantes y se establece la tasación de la pena partiendo de un marco señalado en la ley para cada figura, a partir de tres grados de delito: al primero, se aplica el máximo; al segundo el término medio entre el máximo y el mínimo; y el tercero, el mínimo de la pena.

Este modelo fue acogido por el Código Penal español de 1822 (mantenido hasta 1870)⁽⁸⁸⁾ y el Código Penal colombiano de 1837, códigos penales que actualmente no están vigentes.

e. El Modelo con Penas Flexibles sin Enunciación de Criterios Generales, con Atenuantes Genéricas no Especificadas.

El modelo con penas flexibles sin enunciación de criterios generales, con atenuantes genéricas no especificadas; consiste en que el órgano jurisdiccional puede disminuir la pena en una proporción determinada (por ejemplo, la sexta parte en un

(88) Este modelo fue acogido en el derogado Código Penal peruano de 1863, en vista de que fue influido por el Código español de 1822.

caso de robo, cuando el procesado repara a la víctima).⁽⁸⁹⁾ Este modelo fue acogido por el Código Penal de Zanardelli (Italia) de 1889, que actualmente no está vigente.

f. El Modelo o Sistema de Criterios Generales o Fórmulas Sintéticas con Penas Flexibles.

El modelo o sistema de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles, consiste en que el legislador ha señalado en forma genérica los criterios de determinación (individualización) de la pena, en la ley penal (*V.gr.*, Código Penal de 1991),⁽⁹⁰⁾ pero sin especificar cuáles actúan como agravantes y como atenuantes (genéricas); así como, las penas flexibles (pena mínima y la máxima),^{(91).(92)} a los cuales el órgano jurisdiccional puede recurrir al momento de fundamentar y determinar la pena, en el caso concreto.

(89) Asimismo, en este modelo no se señala de manera expresa cuales son las circunstancias (genéricas) que actúan como agravantes y en qué medida atenúan las circunstancias atenuantes genéricas.

(90) Así, el Código Penal peruano de 1991, los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena están previstas, principalmente, en los artículos 45° (*V.gr.*, “las carencias sociales que hubiere sufrido el agente”) y 46° (*V.gr.*, “la naturaleza de la acción”).

(91) Este marco penal fijado por el legislador no sólo tiene como función la de poner límites a la discrecionalidad judicial (uso motivado de las facultades de arbitrio), en el momento de graduar la pena sino, la de reflejar el valor proposicional de la norma dentro del sistema.

(92) El órgano jurisdiccional puede recurrir (y elegir) en el supuesto de que el legislador no ha previsto el extremo mínimo o el extremo máximo de la pena, según sea el caso, de la conducta descrita en el tipo penal en el respectivo delito, regulado en la Parte Especial del Código Penal (*V.gr.*, el artículo 108° delito de asesinato), se tendrá que ir, para definir la pena básica del delito, al artículo 29° del mencionado Código (Parte General), donde se señala la pena mínima (privativa de libertad) de 2 días y la máxima de 35 años de pena. Este sistema [límite mínimo y límite máximo] el legislador peruano lo adoptó del proyecto del Código Penal suizo de 1915.

Este modelo fue acogido por el Código Penal suizo de 1937 y el Código Penal peruano de 1991, códigos penales que actualmente están vigentes.⁽⁹³⁾

7. Determinación Judicial de la Pena en el Concurso de Delitos.

Otro aspecto que también tiene que ver con el tema en cuestión es la determinación judicial de la pena en el concurso de delitos –real o ideal– (Álvarez, 2007),⁽⁹⁴⁾ que se presenta cuando una o varias acciones (u omisiones) típicamente antijurídicas infringen a uno o varios bienes jurídicos tutelados por la norma jurídico-penal, tal como lo concibe la moderna teoría del delito. En aquí surge el problema respecto de qué pena aplicar en el caso concreto; es decir, el órgano jurisdiccional encuentra un poco de dificultad para elegir y determinar la pena, en vista de que existen varios delitos, y por ende, varias penas.⁽⁹⁵⁾ Esta dificultad fue relativamente superada al aprobarse la Ley N° 28730,

(93) Posición sostenida por Fernando Velásquez Velásquez (pp. 1-2), en el seminario sobre el tema de la determinación de la pena en el Código Penal peruano de 1991, realizado 27 de mayo del 2008 (Velásquez (2008), “Los criterios de determinación de la pena en el C. P. peruano de 1991”, temática la justicia penal y la aplicación de la pena, Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima). No obstante de la posición señalada (*Vide supra*), se sostiene que este modelo, sin perjuicio de no equivocarse, es acogido por el Código Penal alemán (*StGB*) de [1975] y el Código Penal argentino de 1921. Por otro lado, resulta *conditio sine qua non* precisar, que el Código Penal suizo de 1937 influyó en la normatividad del Código Penal de 1991, específicamente en los institutos jurídico-penales de las causas de justificación y la inculpabilidad, pero no sucedió lo mismo en cuanto al instituto de la determinación judicial de la pena (Hurtado, 1972, p. 103).

(94) El tema concursal (de delitos) está relacionada fuertemente con la teoría de la pena, concretamente con la determinación y medición judicial de la pena, no solo porque así está establecido en el Código Penal sino, así se señala en la doctrina penal actual (Álvarez, 2007, pp. 6-9).

(95) Cada delito cometido en concurso con otras infracciones, contiene una sanción penal propia, por lo que surge el problema de definir cuál es la pena que corresponde aplicarle al agente. (Hurtado & Prado, 2011, p. 339)

que regula el concurso real de delitos (véase el artículo 3° de esta Ley), así como la modificatoria del concurso real retrospectivo (véase el artículo 51° del Código Penal (CP)); no obstante ello, la Corte Suprema de Justicia de la República a través del V Pleno Jurisdiccional de las Salas Penales Permanente y Transitoria, ha tratado de superar dicho problema.^{(96).(97)}

7.1 Concurso Real de Delitos

Antes de tratar el concurso real de delitos en la determinación y graduación judicial de la pena, resulta *conditio sine qua non* explicar, previamente y de manera breve, en qué consiste el concurso real de delitos; éste concurso delitos se da cuando existe una pluralidad de acciones (del mismo autor) y una pluralidad de delitos autónomos (se infringen varias normas jurídico-penales).^{(98).(99)} Realizado esta

(96) La Ley N° 28730 del 13 de mayo de 2006, regula el concurso real de delitos (art. 50° del CP), asimismo, modifica el concurso real retrospectivo (art. 51° del CP); y el concurso ideal de delitos (art. 48° del CP) fue modificado, mediante Ley N° 28726 del 9 de mayo del 2006.

(97) Así, en el V Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, emitido por la Corte Suprema de Justicia, Salas Penales Permanente y Transitorias, se fija determinados criterios y pautas, con la finalidad que el órgano jurisdiccional logre determinar la pena, sin ningún tipo de dificultades en el caso concreto (concurso de delitos).

(98) Asimismo, en la doctrina penal se menciona de concurso real de delitos heterogéneo y homogéneo. El primero, se da cuando los delitos realizados por el mismo autor constituyen infracciones de distinta especie; y el segundo (concurso real homogéneo), se da cuando la pluralidad delitos cometidos corresponden a una misma especie. Según la jurisprudencia (vinculante) de la Corte Suprema de Justicia de la República, los presupuestos y requisitos legales, son los siguientes: a). Pluralidad de acciones, b). Pluralidad de delitos independientes, y c). Unidad de autor. (Salas Penales Permanente y Transitorias, V Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116, noviembre 13 de 2009). No obstante ello, en la doctrina comparada al respecto, se añade dos elementos más: Pluralidad delictiva

definición *lato sensu*, Ahora, se puede afirmar que el órgano jurisdiccional, para la determinación de la pena concreta aplicable deberá seguir un procedimiento que está sujeto a determinadas reglas derivadas del “principio de acumulación,”⁽¹⁰⁰⁾ que consiste en lo siguiente:

A. Identificación de una pena básica y una pena concreta parcial para cada delito integrante del concurso. Ello supone, como primer paso, que se defina la posibilidad de sanción establecida para el delito -límites mínimo y máximo o pena básica- en base a la pena conminada señalada en la ley para dicho ilícito. El segundo paso consiste, atento a las circunstancias correspondientes y/o concurrentes de su comisión, en la concreción de la pena aplicable al delito en

esté encaminada a la obtención de diferentes fines y que entre los diversos delitos se dé la nota de la conexidad procesal (Llorca, 1996, p. 142).

(99) El artículo 50° del Código peruano vigente prescribe, lo siguiente:

Cuando concurren varios hechos punibles que deban considerarse como otros tantos delitos independientes, se sumarán las penas privativas de libertad que fije el juez para cada uno de ellos hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si algunos de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua se aplicará únicamente ésta. (CP, 1991, art. 50°)

En la doctrina jurisprudencial, se menciona el principio de absorción, principio de acumulación jurídica y el principio de asperación, para la aplicación de los criterios o pautas fijadas en la jurisprudencia penal [vinculante] (*V.gr.*, Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009).

(100) En la jurisprudencia comparada se menciona el principio de acumulación material, el mismo que consiste en determinar las penas finales separadamente [de los delitos en concurso real y también para el concurso ideal], y una vez determinadas, se procede sumarlas para su cumplimiento (Silva, Baldó y Corcoy, 1997, p. 525). Este principio es un tanto criticada, y se menciona el principio de acumulación jurídica (que no conlleva a excesos en la pena como aquel principio), que es distinto al principio de asperación, en vista de que según este principio el órgano jurisdiccional establece la pena del delito más grave y la aumenta en forma prudencial, evitando igualar o sobrepasar la suma aritmética de las sanciones y sin exceder el límite que legalmente se halle establecido para la concreta especie de pena.

cuestión –pena concreta parcial–. Cabe precisar que esta primera etapa de determinación de la pena deberá cumplirse tantas veces como delitos estén en concurso real. El órgano jurisdiccional debe operar para ello en principio de la misma forma como si cada hecho debiera enjuiciarse solo.

B. En la segunda y última etapa, cumplida la precedente, el juez procederá a sumar las penas concretas parciales y así obtener, con dicha adición, un resultado que será la pena concreta total del concurso real. Sin embargo, esta pena concreta real tendrá que ser sometida a un doble examen de validación.

En primer lugar, será del caso verificar que la pena no exceda treinta y cinco (35) años si es pena privativa de libertad temporal, así como que tampoco exceda el equivalente al doble de la pena concreta parcial establecida para el delito más grave de los comprendidos por el concurso real. En caso de que el resultado de la pena concreta total supere cualquiera de esos dos límites legales, su extensión deberá reducirse hasta el límite correspondiente (treinta y cinco años o el que representa el doble de la pena concreta parcial fijada para el delito más grave). Finalmente, según el artículo 50° del CP [*i.e.* Código Penal] incorpora una última verificación de carácter excepcional. Ésta [*sic*] implica cotejar que ninguno de los delitos integrantes del concurso real haya obtenido como pena parcial la de cadena perpetua, ya que de darse tal supuesto dicha sanción punitiva sería la única que tendría la condición de pena concreta, suprimiéndose, en tal caso, las demás penas concretas parciales. Aclarando, en caso que si más de un delito resultase con pena concreta parcial de cadena perpetua estas no se sumarían debiendo aplicarse como pena concreta total solo una de ellas. (Corte Suprema de Justicia de la República. Salas Penales, Permanente y Transitorias. V Pleno Jurisdiccional

(San Martín, C. y Prado, S.; noviembre 13 de 2009))⁽¹⁰¹⁾

7.2 Concurso Real Retrospectivo

El concurso real retrospectivo es una modalidad especial de concurso real de delitos, y se configura cuando los delitos que componen el concurso no fueron juzgados simultáneamente en un solo proceso penal. Es decir, al autor de esa pluralidad concursal de delitos independientes se le fue sometiendo a juicio y condenando secuencialmente por cada hecho punible, según la oportunidad en que tales ilícitos fueron, sucesivamente, descubriendo.⁽¹⁰²⁾

Antes de pasar a explicar, brevemente, cuál es el procedimiento de determinación judicial de la pena en el concurso real retrospectivo resulta *conditio sine qua non* precisar lo que se menciona en la doctrina penal, es el de considerar como criterio rector que el autor no debe resultar con una pena concreta final y total, luego de sus sucesivos juzgamientos y condenas, que sea más severa que aquella que se le había aplicado si hubiese sido juzgado simultáneamente, en un solo proceso, por todos los delitos que cometió y que dieron al concurso real (Hurtado, 2005, p. 942); el procedimiento de determinación de la pena en esta situación es casi similar al procedimiento del concurso real de delitos, que fue materia de explicación en los párrafos precedentes; es decir, el órgano jurisdiccional competente en cada juzgamiento deberá adicionar las penas concretas parciales que obtenga por los delitos que procesó, a aquellas que ya fueron impuestas en los juzgamientos precedentes.

(101) Para todos véase el V Pleno Jurisdiccional, Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009.

(102) Según la doctrina legal, los presupuestos y requisitos legales son los siguientes: Pluralidad de delitos, b). Juzgamiento sucesivo de los delitos en concurso, y c). Unidad de autor.

Luego, deberá someter el resultado o pena concreta total del concurso real retrospectivo, a las verificaciones y límites señalados en el mismo artículo 51° del Código Penal,⁽¹⁰³⁾ así como a lo dispuesto en el artículo 50° del mencionado Código punitivo (ver Nota 99 de la presente tesis, capítulo I: 7.1).

7.3 Concurso Ideal de Delitos

Antes de tratar el concurso ideal de delitos en la determinación y graduación judicial de la pena, resulta *conditio sine qua non* explicar, de manera previa y brevemente, en qué consiste el concurso ideal de delitos o concurso formal; consiste en que una sola acción (u omisión) de un mismo sujeto genera una pluralidad de delitos, esto es, el sujeto con su acción (u omisión) desvalora varias leyes penales, infringiendo varios tipos penales.⁽¹⁰⁴⁾ Ahora bien, realizado esto; el procedimiento que tiene que seguir el órgano jurisdiccional para la determinación de la pena concreta aplicable en el caso del concurso ideal de delitos es lo dispuesto en el artículo 48° del Código punitivo vigente,

(103) Artículo 51° prescribe, lo siguiente:

Si después de la sentencia condenatoria se descubriere otro hecho punible cometido antes de ella por el mismo condenado, será sometido a proceso penal y la pena que fije el juez se sumará a la anterior hasta un máximo del doble de la pena del delito más grave, no pudiendo exceder de 35 años. Si alguno de estos delitos se encuentra reprimido con cadena perpetua, se aplicará únicamente ésta, sin perjuicio de fijarse la reparación civil para el nuevo delito (Código Penal, 1991).

(104) Asimismo, en la doctrina (penal) existen clases de concurso ideal de delitos, aquí solo definiremos dos de éstas (el autor Villavicencio las adoptó de Sanz Morán, 1986), y son las siguientes: concurso ideal heterogéneo, se da cuando una misma conducta (unidad de acción) es subsumida o absorbida por una pluralidad de tipos penales; y el concurso ideal homogéneo, se da cuando una misma conducta (unidad de acción) permite una reiterada concurrencia del mismo tipo penal, es decir se realiza el mismo tipo penal repetidas veces. La primera clase concurso de delitos es la que acoge el Código Penal de 1991, en el artículo 48° (Villavicencio, 2006, p. 699).

que prescribe lo siguiente: “*Cuando varias disposiciones son aplicables al mismo hecho se reprimirá hasta con el máximo de la pena más grave, pudiendo incrementarse ésta hasta en una cuarta parte, sin que en ningún caso pueda exceder de treinta y cinco años*”(Código Penal, 1991).⁽¹⁰⁵⁾

De acuerdo con la disposición precedente, el órgano jurisdiccional deberá determinar la pena, en el caso concreto, de conformidad con el principio de absorción; es decir, de los varios delitos cometidos en concurso por un sujeto (en el caso de diferencia de penas), se le aplicará la pena correspondiente al delito de mayor gravedad, ya que se le considera como la pena básica, por un lado. Por otro lado, según la doctrina se asume, que en dicha penalidad más severa quedan absorbidas las demás penas menos graves (*poena major absorbet minoren*).

Cuando los delitos en concurso prevén penas iguales, el órgano jurisdiccional aplicará, y determinará, la pena de uno de ellos.⁽¹⁰⁶⁾

La otra cuestión (problemática) de la presente tesis es lo referido a la motivación y fundamentación de la sentencia penal condenatoria denominado, por cuestiones didácticas, motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena. Cuando se trata de la motivación de la sentencia, el mismo que señala el artículo 139º inciso 5 de la Constitución Política del Estado, se hace referencia no solo a la concreción de los hechos que se declararon probados y de la subsunción de los mismos en el correspondiente tipo penal, mediante la pertinente argumentación jurídica, sino que además debe comprender la determinación judicial de la pena, esto es, la motivación y fundamentación de los criterios, factores o circunstancias y directrices de graduación de la pena; sin embargo, esto (último) no sucede –y no está sucediendo–,

(105) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

(106) En la doctrina se menciona el principio de absorción simple (aplicable para el caso del concurso ideal de delitos) y absorción agravada (De la Palma, 2007, pp. 22-24).

solo se limita el órgano jurisdiccional a mencionarlas, hace una mera referencia a los criterios o factores establecidos en los artículos 45° y 46°, principalmente, del Código Penal, el legislador peruano solo se ha limitado a realizar una enunciación de los criterios, factores y directrices de carácter general, y ha dejado al órgano jurisdiccional su instrumentalización y su motivación y fundamentación, con la finalidad de que defina la penalidad concreta, en cada caso particular.⁽¹⁰⁷⁾ (Véase el capítulo II de la presente tesis, para mayor información sobre la motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena)

8. La Determinación Judicial de la Pena en el Derecho Comparado

8.1 Aspectos Generales

En este apartado del presente capítulo trata, bajo un enfoque y método comparativo, y explica no solo cómo están regulados los criterios de determinación judicial de la pena, en la Parte General de sus códigos penales (o ley penal)⁽¹⁰⁸⁾ y qué modelo de determinación de la pena acogen [*Vide supra*, apartado 6 del presente capítulo] los sistemas jurídicos-penales como España, Argentina, Colombia y Alemania, sino también cómo gradúan la pena sus órganos jurisdiccionales.

(107) Mayor información sobre la relación entre motivación y fundamentación de la sentencia penal (resolución judicial) y la determinación judicial de la pena, véase la ejecutoria suprema del 22 de noviembre del 2000 R.N.Nº. 669-2000, Huaura, en Urquiza Olachea, J. [Asesor]/Castillo Alva, J. [Dir.]/Salazar Sánchez, N. [Coord.]. [2006], *Jurisprudencia Penal*, Lima: Jurista, p. 463.

(108) Con esto queremos señalar, que en la mayoría de códigos penales se regulan las pautas, criterios, circunstancias de determinación judicial de la pena, pero no todas las hacen de la misma forma.

En este apartado del presente capítulo, asimismo, solo se trata los (principales) sistemas jurídico-penales de determinación [judicial] de la pena más influyentes y que se asemejan, de alguna manera, al sistema jurídico-penal peruano de determinación [judicial] de la pena.

8.2 La Determinación de la Pena en España (Código Penal de 1995)

El sistema jurídico de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico español (*V.gr.*, Código Penal de 1995) es diferente al sistema jurídico peruano, toda vez que acoge un modelo ecléctico,⁽¹⁰⁹⁾ sistema de grados (inferior-superior) donde el legislador español ha determinado los extremos mínimos y máximos de pena básica o conminada (sea en la Parte Especial de su Código o en su Parte General), establece tanto reglas generales como reglas especiales para la aplicación de las penas, así como los criterios o circunstancias que atenúan y agravan la pena, con la finalidad que el órgano jurisdiccional español instrumentalice la normatividad referido a la determinación judicial de la pena en el caso concreto;⁽¹¹⁰⁾ a propósito, los criterios y circunstancias referido a este instituto jurídico del Derecho Penal están mejor regulados que en los códigos penales anteriores (p. ej., Código Penal de 1973).⁽¹¹¹⁾

(109) El sistema de determinación de la pena en la legislación española se integra en el grupo de indeterminación legal relativa. Es decir, el legislador vincula a cada comportamiento que considera delito la amenaza de una pena, que cuantitativamente está entre dos topes y el juez, en su sentencia, debe establecer una pena concreta para cada sujeto responsable, dentro de los referidos topes (Berdugo, Arroyo, Ferré, Serrano-Piedecabras y García, 1999, p. 372).

(110) Molina (1998), señala que en el sistema español de determinación de la pena es la pena del tipo, esto es, la que señala Ley para un tipo y que puede ser de tres clases: pena simple, pena compuesta cumulativa y la pena alternativa (pp. 43-44).

(111) El sistema de penas ecléctico o de indeterminación legal relativo establecido en el Código Penal español de 1995 se condice con el sistema de determinación judicial de la pena

El mencionado Código español establece los criterios y circunstancias (objetivos y subjetivos) de carácter genérico, que atenúan o agravan la responsabilidad penal del procesado, en los artículos 21º y 22º dentro de Libro Primero de este Código,⁽¹¹²⁾ también se establecen tanto reglas generales como reglas especiales para la aplicación de las penas (arts. 65º y 66º y 74º, principalmente). En este apartado solo se señalará los artículos más pertinentes al tema en cuestión.

En el artículo 65º del Código español vigente, se establecen unas reglas en caso de concurrencia de determinadas circunstancias objetivas (relacionadas al grado de injusto penal) y subjetivas (relacionadas a la condiciones personales) que atenúan o agravan la responsabilidad penal del procesado; es decir, se trata de reglas relacionadas a la comunicabilidad (transmisibilidad) o no de las circunstancias subjetivas u objetivas concurrentes del autor o partícipe (cómplice necesario), en el momento de la aplicación de la pena. Un aspecto particular de esto, viene a ser el caso de no concurrencia de estas circunstancias que fundamenten la culpabilidad del cómplice o del inductor, se trata del “extraneus” (en caso de delitos de infracción de deber especial), pues la pena se le disminuirá (Monterde, 2007, p. 581), pero en el nivel de los grados mas no en la extensión de la misma; y dice así:

1. Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de

(Sistema de grados, porque la graduación de la pena se realiza en grados) establecido en el mismo cuerpo punitivo, no obstante de sus críticas por parte de los autores españoles. Importa señalar, que aquí solo se señalará los artículos que tienen relación directa con el tema de interés, porque existen otros artículos donde se establecen otras circunstancias especiales o específicas (p. ej., el artículo 139º de la Parte Especial del Código español) y reglas aplicables a los grados de pena (inferior o superior), establecidos en los artículos 70º y 71º del mencionado Código Penal.

(112) A propósito, este último artículo fue modificado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo.

aquellos en quienes concurran. [Numeral modificado por Ley Orgánica 15/2003]

2. *Las que consistan en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla, servirán únicamente para agravar o atenuar la responsabilidad de los que hayan tenido conocimiento de ellas en el momento de la acción o su cooperación para el delito.*

3. *Cuando en el inductor o en el cooperador necesario no concurran las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor, los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate.* [Numeral incorporado por Ley Orgánica 15/2003] (Código Penal español, 1995, artículo 65°).⁽¹¹³⁾

En el artículo 66° del Código antes mencionado, se establecen las principales reglas (generales) bajo los cuales el órgano jurisdiccional determinará la pena; y prescribe lo siguiente:

(113) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito. A modo de complemento cito lo que señala la jurisprudencia española al respecto:

La no constancia del conocimiento de la existencia del arma, hace que se haya de entender (“*in dubio pro reo*”) que no hubo dolo en cuanto a este elemento del delito y obliga a que no pueda aplicarse la agravación específica (Ley 3175,1994). Sin embargo, el concierto previo para cometer el delito de robo violencia o intimidación, que no excluya a priori todo riesgo para la vida o integridad física para las personas, responsabiliza a todos los partícipes del posible resultado lesivo, y por tanto, de la propia acción coactiva que consiste en el empleo de armas, de tal forma que aunque ésta sea utilizada únicamente por uno de los sujetos activos, su mayor peligrosidad se comunica a todos los demás partícipes (25 de enero de 1990 [LA LEY 1159-2/1990], 12 de julio de 1990 [LA LEY 83/1991] y ATS 14 de enero de 1991). *Sensu contrario*, si fue absolutamente imprevisible, se veda la aplicación de la responsabilidad por dolo eventual prevista por la jurisprudencia de la Sala Segunda para los supuestos de coautoría sin acción directa (596/1996, de 28 de septiembre [*sic*] [LA LEY 9871/1996]). (Véase Rodríguez-Ramos, 2007, p. 200)

1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces o tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes, las siguientes reglas:

1ª. Cuando concurra solo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la Ley para el delito.

2ª. Cuando concurran dos o más circunstancias atenuantes, o una o varias muy cualificadas, y no concurra agravante alguna, aplicarán la pena inferior en uno o dos grados a la establecida por Ley, atendiendo el número y la entidad de dichas circunstancias atenuantes.

3ª. Cuando concurra solo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la Ley para el delito.

4ª. Cuando concurra más de dos circunstancias agravantes y no concurra atenuante alguna, podrán aplicar la pena superior en grado a la establecida por la Ley, en su mitad inferior.

5ª. Cuando concurra la circunstancia agravante de reincidencia con la cualificación de que el culpable al delinquir hubiera sido condenado ejecutoriamente, al menos, por tres delitos comprendidos en el título de este Código, siempre que sean de la misma naturaleza, podrán aplicar la pena superior en grado a la prevista por la Ley para el delito de que se trate, teniendo en cuenta las condenas precedentes, así como la gravedad del nuevo delito cometido.

A los efectos de esta regla no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo.

6ª. Cuando no concurran atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención

a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho.

7ª. Cuando concurran atenuantes y agravantes, las valorarán y compensarán racionalmente para la individualización de la pena. En el caso de persistir un fundamento cualificado de atenuación aplicarán la pena inferior en grado. Si se mantiene un fundamento cualificado de agravación, aplicarán la pena en su mitad superior.[Regla modificado por Ley Orgánica 11/2003]

8ª. Cuando los jueces o tribunales apliquen la pena inferior en más de un grado podrán hacerlo en toda su extensión.

2. En los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior.

(Código Penal español, 1995, artículo 66º) ⁽¹¹⁴⁾

El espacio punitivo en el sistema español, se divide, en el procedimiento de determinación judicial de la pena, en dos mitades (inferior y superior), asimismo, se establece de manera taxativa los efectos punitivos que tienen la participación en el delito, su grado de ejecución, o el concurso de delitos. ⁽¹¹⁵⁾

(114) Las cursivas son ajenas al texto transcrito. Este segundo apartado es modificado en el Proyecto de Ley Orgánica 121/000065 por la que se modifica el Código Penal de 1995 y está actualmente vigente, por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; y reza así: “2. En los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el párrafo anterior” (Jefatura del Estado, 2015, p. 27094). Nota actualizada (5/10/2016)

(115) Véase el artículo 74º del mencionado Código Penal, donde se establecen determinadas reglas para la aplicación de la pena en grados inferior o superior, según se trate de un concurso de delitos o delito continuado, bienes jurídicos afectados; y también, las excepciones a estas, sobre todo cuando se afecten los bienes eminentemente personales (CP español, 1995).

Las reglas expuestas solo se aplican a delitos cometidos dolosamente y que estén sancionados con pena temporal (privativa de libertad), no así a las faltas, a la multa proporcional, a los delitos leves y culposos; y que las mismas se aplican de manera distinta a los autores y partícipes (complicidad e inductor), concurran o no las circunstancias (de agravación o de atenuación) en el caso concreto. Es decir, tiene excepciones.⁽¹¹⁶⁾ Si se compara el Código Penal peruano vigente con lo expuesto, pues se concluye que existe grandes diferencias.

Asimismo, el Juez o Tribunal compensará racionalmente –y ponderará– las circunstancias concurrentes (cualificadas o privilegiadas o no), sean estas agravantes o atenuantes o ambas a la vez, atendiendo al número y entidad de estas, en el caso concreto;⁽¹¹⁷⁾ y que las mismas no pueden ser valoradas nuevamente, puesto que ya el legislador las valoró en el momento de la criminalización de la conducta.⁽¹¹⁸⁾

8.3 La Determinación de la Pena en Argentina (Código Penal de 1921)

El sistema jurídico de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico

(116) Para Rodríguez-Ramos (2007), la redacción de este artículo (66°) “se ha de entender como expresiva de una regla general en su regla 6.a (antes 1ª.), que se completa y matiza en los casos de especie que expresan los restantes números del artículo” (p. 202); asimismo, la referencia a la *gravedad del hecho*, “no se refiere a la gravedad del delito, toda vez que esta “gravedad” habrá sido ya contemplada por el legislador al establecer el marco penal que atribuye a tal infracción” (p. 205).

(117) Resulta necesario precisar aquí, que la concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes que están previstas en la Ley (p. ej., el Código Penal de 1995) modifican el marco penal abstracto y que, no obstante ello, quedan todavía unos límites, dentro de los cuales el órgano jurisdiccional debe determinar la pena. (Molina, 1998, p. 60).

(118) Resulta importante señalar, que las reglas aplicables a las personas jurídicas, en la determinación judicial de la pena, están previstas en un artículo, introducido por Ley Orgánica 5/2010 del 22 de junio al Código Penal de 1995, esto es, en el artículo 66 bis. (Jefatura del Estado, 2010, pp. 54830-54831)

argentino (V.gr., Código Penal de la Nación Argentina de 1921 (CPAr)⁽¹¹⁹⁾) es similar al sistema jurídico peruano, es un modelo ecléctico, donde el legislador ha considerado por conveniente fijar un límite mínimo y un límite máximo de pena conminada o básica (flexible), según sea la situación, en la mayoría de delitos (de la Parte Especial del Código argentino), permitiendo que el órgano jurisdiccional determine la pena, en el caso concreto, discrecionalmente, de conformidad con las reglas reguladas en el artículo 41° del mencionado código;⁽¹²⁰⁾ asimismo, fija una pena tasada, como la pena perpetua, que no permite la discrecionalidad del órgano jurisdiccional para su determinación.

Este sistema es también similar al modelo que acoge el sistema de determinación de la pena en el Código Penal alemán de [1975] (*StGB*).

Las circunstancias y criterios de determinación judicial de la pena se encuentran regulados, principalmente, en los artículos 40° y 41° del Código Penal de 1921. Así, el artículo 40°, prescribe lo siguiente: “*En las penas divisibles por razón de tiempo o de cantidad, los tribunales fijarán la condenación de acuerdo con las circunstancias de atenuación o agravación particulares a cada caso y de conformidad a las reglas del siguiente artículo*” (Ley 11179 CPArg, 1921, art. 40).

(119) Righi (2010) señala, que el texto del 1921 en lo fundamental, ha mantenido su vigencia hasta la actualidad, no pudo evitar la influencia del positivismo italiano, como sucedió con la mayoría de códigos latinoamericanos de su época. Puede advertirse esa filiación en un aspecto tan importante como la individualización judicial de la pena. Tuvo el mérito, sin embargo, de no incorporar los instrumentos más censurables de la orientación preventivo-especial. (pp. 21-22). Situación que *ex post* variará, esto es, en las futuras reformas a dicho código, fue incorporado criterios preventivo espaciales (Righi, 2010).

(120) Respecto de los cuales el legislador ha establecido criterios de orientación para que los jueces las individualicen en sus sentencias. No obstante, de ser demasiado genéricas y no son taxativos.

En el artículo precedente citado, se colige que el legislador argentino ha previsto una pena temporal, la misma que es divisible (*V.gr.*, la pena –reclusión o prisión– para el delito de robo en su modalidad es de diez a veinticinco años, del Código Penal) y una pena indeterminada (*V.gr.*, el artículo 80° del Código Penal, prevé la pena de cadena perpetua), siendo el órgano jurisdiccional el que graduará la pena, en el caso concreto, de conformidad con las reglas (prescriptivas) establecidas en el artículo 41° del mencionado Código Penal, que a continuación se señala:

A los efectos del artículo anterior, se tendrá en cuenta:

1°. La naturaleza de la acción y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño y del peligro causado;

2°. La edad, la educación, las costumbres, la conducta precedente del sujeto, la calidad de los motivos que lo determinaron a delinquir, especialmente la miseria o la dificultad de ganarse el sustento propio necesario o el de los suyos, la participación que haya tomado en el hecho, las reincidencias en que hubiera incurrido y los demás antecedentes y condiciones personales, así como los vínculos personales, la calidad de las personas, las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor peligrosidad. El juez deberá tomar conocimiento directo y de visu del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso (Ley 11179 CPArg, 1921)⁽¹²¹⁾

(121) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito. Resulta necesario señalar, que el mencionado artículo fue objeto de modificaciones (adiciones) a través de diferentes leyes, siendo los siguientes: artículo 41 bis, 41 ter, 41 quater y 41 quinquies; en resumidas cuentas se tratan de especificaciones a las reglas establecidas en el artículo 41° del mencionado Código, que no están exentas de críticas.

En el artículo precedente citado, se colige *prima facie*, la semejanza al sistema de determinación de la pena establecido en el Código Penal peruano vigente, específicamente a los artículos 45° y 46° (antes de su modificatoria por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013); asimismo, se observa que el legislador argentino ha previsto unas reglas para la determinación judicial de la pena, que en realidad son criterios que hacen referencia a la medida de culpabilidad (los medios empleados, la naturaleza de la acción, entre otros) y ponen el acento de determinación judicial de la pena en la peligrosidad del autor (*V.gr.*, las circunstancias personales subjetivos).⁽¹²²⁾ El legislador argentino no consideró de manera expresa a la reparación como uno de los criterios de determinación judicial de la pena, pero el legislador peruano, sí lo consideró, de manera expresa, en el artículo 46° del Código Penal de 1991.

Se señala en la doctrina argentina que las pautas de determinación judicial de la pena son ambiguas, toda vez que “dichas reglas se limitan a mencionar una serie de factores, sin especificar en qué medida deben incidir como tampoco –lo que es más grave– cómo deben gravitar, ya que ni siquiera las clasifica de modo que se pueda distinguir una circunstancia agravante de una atenuante” (Righi, 2010, p. 521).⁽¹²³⁾ Incluso, no ha establecido pautas de solución en caso de antinomias (en los fines de la pena); así, observa en el inciso 2 del artículo 41° del Código argentino, cuando establece:

(122) Para algunos autores lo dispuesto en el inciso uno, estaría referido a factores relacionados al ilícito penal; y el inciso dos, estaría referido a factores relacionados a la personalidad del delincuente, propios de un Derecho Penal de peligrosidad, que es criticado por autores argentinos, en general por todos.

(123) La ambigüedad es mayor como consecuencia de la coexistencia de antinomias de los fines de la pena, en un código que carece de reglas de prevalencia, como consecuencia de lo cual los jueces operan con un considerable e inadecuado margen de libertad (Righi, 2010, p. 521). De igual sentido, Ziffer señala la necesidad de explicitación de los criterios de determinación de la pena (1996, pp. 96-106)

El juez debe tener en cuenta la educación del condenado, consagra un factor de incidencia que puede ser utilizado en forma contradictoria, ya que: 1) la escasa educación induce a reducir la pena desde una óptica retributiva, con fundamento en que tuvo menos posibilidades de motivarse por cumplir la norma, con la que el sujeto resulta menos culpable, pero 2) nada impide que pueda ser invocada para justificar una mayor privación de libertad, desde una orientación preventivo especial tendiente a lograr la readaptación social. (Righi, 2010, pp. 528-529).^{(124),(125)}

8.4 La Determinación de la Pena en Colombia (Código Penal de 2000)

El sistema jurídico de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico colombiano (*V.gr.*, Código Penal de Colombia del 2000-Ley 599) acoge un modelo

(124) Como todo sistema de determinación judicial de la pena, es del todo criticable; en la práctica judicial se observa, la magnitud de la ambigüedad de las pautas reguladas en el artículo 41º del Código Penal, siendo en la motivación, su punto más débil, y según Righi (2010, p, 522), quien parafrasea a Ziffer (1996, p. 28 [*i.e.* 97]), esto se evidencia en que:

se predica satisfecha con simples enunciados o meras referencias en las que –en la mayoría de casos– la sentencia solo contiene una información de que se han tomado en consideración las circunstancias previstas por el legislador, sin siquiera detenerse en precisar por qué deben ser consideradas, cómo han incidido en la decisión, y menos aún en qué medida.

Righi también señala, parafraseando a Magariños (1993) y a renglón seguido, que esta situación pone en evidencia que la mayor parte de los casos de individualización de la pena ha quedado a merced más que del arbitrio, de la arbitrariedad del órgano jurisdiccional. (*loc. cit.*)

(125) Otras pautas de determinación judicial de la pena se señalan en diversos artículos del Código Penal argentino –recalcando, aquí solo se está señalando, de manera centralizada, aquellos los artículos donde se regula los circunstancias y criterios del tema que aquí interesa–; dos de estos son el artículo 43º y el artículo 44º.

mixto o ecléctico (Ley de cuartos), donde el órgano jurisdiccional determinará la pena bajo determinadas reglas establecidas por el legislador colombiano en los artículos 60° y 61°, principalmente, del mencionado Código Penal; asimismo, deberá fundamentar explícitamente sobre los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena, conforme lo estipula el artículo 59°.⁽¹²⁶⁾ A continuación se mencionará estos articulados del Código Penal colombiano, para una mejor comprensión de este instituto jurídico-penal (determinación judicial de la pena).

El artículo 60° establece:

Parámetros para la determinación de los mínimos y máximos aplicables. Para efectuar el proceso de individualización de la pena el sentenciador deberá fijar, en primer término, los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover. Para ello, y cuando hubiere circunstancias modificadoras de dichos límites, aplicará las siguientes reglas:

- 1. Si la pena se aumenta o disminuye en una proporción determinada, ésta se aplicará al mínimo y al máximo de la infracción básica.*
- 2. Si la pena se aumenta hasta en una proporción, ésta se aplicará al máximo de la infracción básica.*
- 3. Si la pena se disminuye hasta en una proporción, ésta se aplicará al mínimo de la infracción básica.*
- 4. Si la pena se aumenta en dos proporciones, la menor se aplicará al mínimo y la mayor al máximo de la infracción básica.*

(126) Las circunstancias de menor o mayor punibilidad (que la doctrina penal (peruana) denomina: circunstancias agravantes y atenuantes), están establecidas, principalmente, en los artículos 55° y 58° del mencionado Código.

5. Si la pena se disminuye en dos proporciones, la mayor se aplicará al mínimo y la menor al máximo de la infracción básica (Código Penal colombiano, 2000).⁽¹²⁷⁾

En el artículo precedente citado se colige, que el órgano jurisdiccional como parte del procedimiento de determinación judicial de la pena, en el caso concreto, deberá previamente fijar los límites mínimos y máximos, a partir de los cuales aplicará el sistema de los cuartos (uno mínimo, dos medios y uno máximo) a la pena básica establecida en los respectivos delitos (de la Parte Especial del referido código); y en situaciones que concurra alguna circunstancia modificadora de dichos límites, el órgano jurisdiccional deberá observar las reglas establecidas en los numerales del referido artículo; reglas que son de naturaleza taxativa.

El artículo 61° prescribe, lo siguiente:

Fundamentos para la individualización de la pena. Efectuado el procedimiento anterior, el sentenciador dividirá el ámbito punitivo de movilidad previsto en la Ley en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo.

El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurran circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo cuando únicamente concurran circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las

(127) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

Además de los fundamentos señalados en el inciso anterior, para efectos de determinación de la pena, en la tentativa se tendrá en cuenta el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda.

El sistema de cuartos no se aplicará en aquellos eventos en los cuales se han llevado a cabo preacuerdos o negociaciones entre la fiscalía y la defensa. [Párrafo adicionado por el artículo 3° de la Ley 890 de 2004]. (Código Penal colombiano, 2000)⁽¹²⁸⁾

En el artículo precedente citado se colige, que una vez que el órgano jurisdiccional haya fijado los límites mínimos y máximos (aplicables al caso concreto) o cuando concurra alguna circunstancia que modifique dichos límites, deberá dividir en cuatro partes el espacio punitivo,⁽¹²⁹⁾ esto es, le aplicará el sistema de los cuartos (uno mínimo, dos medios y uno máximo), y dependiendo si concurren o no algunas circunstancias de atenuación o agravación, o concurren ambas, se ubicará en el respectivo cuarto (cuarto mínimo, cuartos medios y cuarto máximo), con la finalidad de determinar la pena en el caso concreto, pero para ello deberá ponderar determinados factores, como el mayor o

(128) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

(129) Aclarando, esta espacio punitivo puede coincidir con la pena (mínima y máxima) conminada, esto es, el marco penal fijado por el legislador colombiano. Por ejemplo, la pena conminada (o básica) para el delito de homicidio calificado oscila entre 400 a 600 meses de prisión y ésta será el espacio punitivo y el órgano jurisdiccional deberá aplicarle la ley de los cuartos, es decir, la dividirá en cuatro partes, con la finalidad de determinar la pena en el caso concreto.

menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, etcétera.⁽¹³⁰⁾

El procedimiento señalado en el párrafo precedente es para un delito consumado, para el procesado que tiene la condición de autor o coautor y cuando no medie ninguna clase de acuerdo (negociación de penas) entre la fiscalía y el abogado defensor del procesado; pero cuando se trata de un delito que ha quedado en grado de tentativa (tomando en cuenta el desvalor de la acción), el órgano jurisdiccional determinará la pena, en el caso concreto, de acuerdo al mayor o menor grado de aproximación al momento de consumación del evento delictivo; y cuando el procesado tiene la condición de partícipe *strictu sensu* (cómplice primario o secundario), el órgano jurisdiccional deberá determinar la pena, en el caso concreto, de acuerdo a la eficacia de la contribución o ayuda prestado por el partícipe al autor(es) para la comisión (acción u omisión) del delito.

(130) Así se instrumentaliza el sistema de cuartos:

Esta postura ha sido constante en sede de casación, precisando que el acuerdo verificado entre la fiscalía y el procesado no se establece frente al monto punitivo corresponde al operador judicial “dividir el ámbito de punibilidad en cuartos y seguir los parámetros indicados en aquella y en otras disposiciones del mismo régimen (como los artículos 59 y 60), para individualizar la sanción a imponer a cada imputado [procedimiento que se siguió en otros 3 procesos, 24531 de 4 de mayo del 2006, 26448 de 7 de febrero del 2007 y 28384 de 1 de noviembre del 2007].” (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (2008). Proceso N° 29788, p. 22)

Más adelante se señala:

Concretamente, una vez establecido el primer cuarto, como espacio temporal en el que se fijaría la pena, el A quo motivó suficientemente las razones porque la conducta punible imputada era grave, argumentos que fueron respetados y ahondados por el Tribunal en el fallo de segundo grado para determinar que no era posible determinar la pena mínima dentro del primer cuarto. (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 29788, p. 25)

Y la Sala decide no casar la sentencia condenatoria del 18 de enero de 2008 proferida por la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto (Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal (2008), Proceso N° 29788).

Como se puede observar, el artículo precedente citado no tiene ninguna similitud con el sistema de determinación de la pena establecido en el Código Penal peruano de 1991.⁽¹³¹⁾

Aparentemente el procedimiento de determinación judicial de la pena en este sistema es un poco complejo, pero está mejor estructurado respecto a sus anteriores Códigos Penales (V.gr., Código Penal de 1980).⁽¹³²⁾

8.5 La Determinación de la Pena en Alemania (Código Penal de [1975])

El sistema jurídico de determinación de la pena en el ordenamiento jurídico alemán (V.gr., Código Penal Alemán de [1975]-*Strafgesetzbuch-StGB*) acoge un sistema mixto o ecléctico,⁽¹³³⁾ el legislador penal alemán ha establecido unos criterios o pautas generales para la determinación judicial de la pena en el §46 del mencionado Código,⁽¹³⁴⁾ un tanto confusos y no taxativos, aparentemente influidos por la teoría preventivo especial de la pena; en el año 1994, se introduce (incorpora) los §§ 46a y 46b a dicho Código, circunstancias que se refieren a la

(131) Aunque se dice, ahora último, de una posible modificación del modelo de determinación judicial de la pena; y, efectivamente, el modelo de determinación (judicial) de la pena fue modificado, de alguna manera, por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

(132) Reglas (amplias) que deberán ser interpretadas de conformidad con las normas rectoras (y los principios constitucionales), principalmente, con los artículos 3°, 4° y 12° del Código Penal colombiano.

(133) Este Código prevé un sistema de penas flexibles (privativas de libertad, pecuniaria (días-multa), patrimonial (multa) y pena accesoria) y pena tasada (V.gr., cadena perpetua), el legislador alemán ha señalado los extremos de las penas conminadas (mínimo y máximo), en la mayoría de delitos (de la Parte Especial del mencionado Código alemán), solo en una minoría considerable, uno de los extremos (de pena conminada) (Eiranova, 2001, pp. 67-191).

(134) Los alemanes lo denominan “medición de la pena”.

Atenuación o liberación de la pena.⁽¹³⁵⁾

El §46 [Fundamentos de la medición de la pena] del mencionado Código Penal alemán prescribe, lo siguiente:

§ 46 I. La culpabilidad del autor será el fundamento de la medición de la pena. Se deberán considerar los efectos derivados de la pena para la vida futura del autor en la sociedad.

II. En la medición de la pena el tribunal ponderará las circunstancias favorables y contrarias al autor. Con este fin se contemplará particularmente:

los fundamentos de la motivación y los fines del autor,

la intencionalidad que se deduce del hecho y la voluntad con la que se realizó el hecho, la medida del incumplimiento del deber,

el modo de ejecución y los efectos inculpatórios del hecho,

los antecedentes del autor, su situación personal y económica, así como su conducta después del hecho, especialmente sus esfuerzos por reparar los daños, y sus esfuerzos por acordar una compensación con el perjudicado.

III. No podrá tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen al tipo penal. (Eiranova, 2001, p. 35; Código Penal alemán, [1975])⁽¹³⁶⁾

En el §46 precitado del Código alemán, se colige que el legislador (penal) alemán ha establecido unas pautas de carácter general (como principios) para la determinación judicial de la pena en el caso concreto; pautas que supuestamente hacen referencia

(135) Antiguamente la determinación judicial de la pena (antes de la Primera Ley de Reforma al StGB vigente de 25 de junio de 1969), el juez penal tenía más libertad para determinar la pena; es decir, este instituto jurídico-penal “se encontraba entregado a la discrecionalidad judicial, frente a la cual las disposiciones legales no solo parecían prescindibles, sino más bien como un obstáculo.” (Zipf, 1995, pp. 688-689)

(136) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

tanto a la culpabilidad como a los fines (preventivos) de la pena,⁽¹³⁷⁾ a los factores referidos al hecho y a la personalidad del procesado.

El órgano jurisdiccional deberá graduar la pena ponderando dichas pautas o criterios, según sea el caso concreto, y de acuerdo a la culpabilidad de hecho, dentro del marco penal fijado por el legislador alemán; pero la generalidad de dichas pautas o criterios, sí que generará problemas al órgano jurisdiccional a la hora de determinar la pena, y efectivamente ha generado (y genera) problemas, no se precisa cuáles de estas pautas o criterios actúan como circunstancias agravantes y como circunstancias atenuantes⁽¹³⁸⁾, así como tampoco se conoce, si la finalidad de la pena es preventivo espacial (positivo o negativo) o preventivo general (positivo o negativo) y cuál fue el concepto de culpabilidad que partió el legislador o el juez (penal) alemán, según sea el caso.⁽¹³⁹⁾

En el párrafo I del §46 (sección 1º) precitado se señala, que la culpabilidad es el fundamento de la determinación judicial de la pena⁽¹⁴⁰⁾, asimismo, el órgano

(137) Los elementos facticos referidos a la culpabilidad no permitiría, en algunos casos y en otros sí, imponer una pena a su medida, sino por encima de esta.

(138) Jescheck, siguiendo a Horstkotte (1970), señala que las circunstancias generales establecida en el §46 párrafo II del Código Penal alemán (*StGB*), son elementos facticos de individualización de la pena y tienen un carácter ambivalente en un doble sentido; ya que, “de un lado, pueden favorecer o perjudicar al reo, y de otro, hacen que aparezcan bajo una luz diferente tanto la medida de la culpabilidad como las exigencias de la prevención espacial.” (1993, p. 796)

(139) Al respecto Hörnle (2003), señala que existen varios problemas en la determinación judicial de la pena, y ello se observa en la jurisprudencia (*StBGH*), los jueces determinan la pena bajo una concepción anticuada y errada de culpabilidad, esto es, culpabilidad por el carácter o por modo de vida del procesado (pp. 52-61).

(140) Este extremo fue inadecuadamente interpretado, en la doctrina alemana, de la siguiente manera: se le considera a la culpabilidad como fundamento de la pena, que es del todo criticable en vista de que no es suficiente para justificar la imposición de la pena (para su medición) ante un determinado caso concreto. Siendo lo correcto, entenderla como algo

jurisdiccional al imponer una determinada pena deberá tomar en consideración, a parte de las pautas antes señaladas, los efectos que la pena va a tener sobre la persona del procesado una vez que adquiera su libertad (ambulatoria), sea como consecuencia de haber cumplido la pena que se le ha impuesto o bajo otras condiciones (*V.gr.*, la obtención de liberación condicional), sobre todo, bajo la primera. Pero, esto a su vez refleja el fin preventivo (especial) de la pena que deberá tener en cuenta el órgano jurisdiccional en el momento de la determinación de la misma.

En la última parte del §46 (párr. III) precitado del Código alemán, se señala una prohibición al órgano jurisdiccional en la valoración de los factores o elementos de la determinación de la pena, esto es, no deberá valorar a aquellos factores que son constitutivos del tipo penal, los mismos que ya fueron tomados en consideración por el legislador, al momento de regular la respectiva conducta.^{(141),(142)}

Asimismo, se observa que el legislador alemán no ha establecido de manera expresa la motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena,

diferente a la culpabilidad en la determinación judicial de la pena (Véase supra: apartado 4 del presente capítulo).

- (141) Esta última parte del §46 (párr. III) del StGB, según Heinz Zipf (1995) prohíbe que aquellas circunstancias que se hallan contenidas en el tipo penal legal y que, con ello, han contribuido a codeterminar la magnitud de la amenaza de pena, vuelvan a ser consideradas en la formación concreta de la medida de la pena. La función de la prohibición de la doble valoración atañe principalmente a la relación entre el marco punitivo y el marco de la culpabilidad. Ahí se observa una división de funciones y de responsabilidades entre el legislador y el juez penal. (p. 741)

En igual sentido, Ziffer (1996) señala lo siguiente (inspirado en el Código Penal argentino):

La prohibición de la doble valoración, por lo tanto, circunscribe la obligación del juez de fundar la sentencia, imponiéndole utilizar argumentos que se relacionen con las particularidades del caso y dejar de lado aquellos que ya fueron “consumidos” por el legislador. (p. 111)

- (142) Asimismo, por esta prohibición ha de entenderse incluido a aquellas circunstancias específicas o especiales (de tipos penales agravados o derivados), como la circunstancia de la “utilización de un arma u otro instrumento peligroso durante la comisión del delito” (§250 StGB, inc. 1, apartado II) o las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, como el error de prohibición (vencible).

situación que es contraria a la mayoría de los ordenamientos jurídico-penales antes expuestos, que sí regulan (de manera expresa o no) en los articulados de su respectivo Código Penal, y es obligatoria la motivación y fundamentación de la determinación de la pena.^{(143).(144)}

(143) No obstante ello, el legislador alemán ha regulado en forma genérica en el § 34 del Código Procesal Penal alemán vigente (*Strafprozeßbuch-StPO*) [Fundamentación de las resoluciones apelables].

(144) En otros articulados del Código Penal alemán también se regulan otras circunstancias de determinación judicial de la pena; así en el § 46a se establece los efectos de la reparación de los daños generados por el autor, esto es, puede atenuar o eximir (privar) la pena; en el § 46b se establecen otros supuestos de atenuación o liberación de la pena; y, en el §49 se regula unas reglas referidas a las circunstancias especiales de atenuación de la pena, en la última parte, se señala los supuestos de atenuación de la pena, los mismos que pueden conllevar a la rebaja hasta el límite inferior legal de la pena impuesta o a la sustitución de la pena privativa de libertad por la de la multa. (Véase German Criminal Code-Gesetze im internet, 2016).

CAPÍTULO II: LA MOTIVACIÓN DE LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Aspectos Generales

Las decisiones judiciales o jurisdiccionales deben ser bien justificadas, esto es, motivadas y fundamentadas, incluso las no judiciales (*V.gr.*, resolución administrativa); ya que, mediante estas decisiones se modifican las situaciones jurídicas de las personas que están incurso o sometidos a un determinado proceso o procedimiento (administrativo).

La motivación de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales es un derecho fundamental y, a la vez, una garantía para el justiciable y la sociedad, en general, y es un deber para el órgano judicial o jurisdiccional.

El juez jurisdiccional o vocal de un tribunal administrativo, toma decisiones emitiendo resoluciones; el primero, emite resoluciones judiciales como, por ejemplo, sentencias en materia penal o en materia constitucional (*V.gr.*, en un Proceso de Hábeas Corpus); mientras, el segundo emite resoluciones administrativas como, por ejemplo, resoluciones directorales, que tienen que ser debidamente motivadas.

La motivación de las resoluciones judiciales es muy importante, ya que la decisión que adopte el órgano jurisdiccional, ante un determinado caso concreto, devendrá en arbitraria (prohibición del ejercicio de la función pública arbitraria) y, consecuentemente, se someterá un *test* de proporcionalidad.

La motivación de las resoluciones judiciales está estrechamente vinculada al principio-derecho debido proceso (forma parte de su contenido), regulado en el artículo 139º inciso

3 de la Constitución Política de 1993, así como al derecho de defensa y al derecho a la tutela jurisdiccional (efectiva); y está mejor consagrado en el inciso 5 del mencionado artículo, y esto se observa en sendas sentencias del Tribunal Constitucional peruano (p. ej., STC, Exp. N° 8125-2005-PHC/TC, 2005).

La motivación de las resoluciones judiciales como derecho fundamental permite conocer al justiciable con exactitud el contenido de una determinada resolución (p. ej., sentencia), con la finalidad que se convenza sobre su situación jurídica. Pero, este derecho no solo permite conocer o noticiar al justiciable (p. ej., el condenado) sino también, a la sociedad en general, ya que le permitirá conocer del cómo decide y en base a qué decide el órgano jurisdiccional, en el momento de resolver los conflictos sociales con relevancia para el Derecho Penal, e indirectamente, vigilar o monitorear el funcionamiento del sistema de administración de justicia (penal).

Las resoluciones judiciales, particularmente las sentencias penales (condenatorias o absolutorias) y los autos, que contienen el dictado de una determinada medida coercitiva (como la prisión preventiva), requieren de una especial motivación; ya que, en el proceso penal se limitan (legalmente) derechos fundamentales, como la libertad personal del procesado.

La motivación de las resoluciones judiciales, como las sentencias penales, puede ser contralada, ante la ausencia o defectuosa motivación de las mismas, sea a nivel del Poder Judicial (a través del recurso de apelación o del recurso de casación) o a nivel Tribunal Constitucional (a través de los procesos de constitucionales).

La motivación de la determinación judicial de la pena en el proceso penal, se refiere a los criterios adoptados por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena, en el caso concreto, los mismos que deben ser razonados lógico-jurídicamente en forma coherente y, sobre todo, consistente (suficiente), en el respectivo extremo de la sentencia penal condenatoria, toda vez que con la determinación judicial de la pena se afecta más

intensamente los derechos del procesado (acusado) y su vida futura. Algunos de estos criterios o factores están establecidos, de manera enunciativa, en el artículo 46° del Código Penal de 1991; y, claro, los criterios para motivar la determinación judicial de la pena están establecidos, de alguna manera, en el artículo 45° de este Código y se sigue manteniéndose ahí, no obstante de su modificatoria a través de la Ley N° 30364 del 23 de noviembre de 2015.

No obstante de lo señalado en el párrafo (*in fine*), la norma que exige tal motivación, ahora, está establecida de manera expresa y clara en el incorporado artículo 45-A (primer párrafo), mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal de 1991.

Esta exigencia constitucional, tiene que ser plasmado por el órgano jurisdiccional en las sentencias penales condenatorias, de lo contrario estas sentencias serian arbitrarias, por irrazonables y contrarias a la ley, y pueden ser impugnadas (recurso de apelación o recurso de nulidad o de casación, este último según el Código Procesal Penal de 2004) y demandados, por vía del proceso de amparo, en el extremo correspondiente, por la parte afectada.

No está demás señalar que las circunstancias o cualidades que afectan la *responsabilidad* de algunos de los autores y partícipes son incommunicables a la de otros autores y partícipes del mismo hecho punible, respectivamente, de conformidad con el artículo 26° del Código Penal de 1991.

2. La Motivación Judicial en el Ordenamiento Jurídico Peruano

La motivación es una exigencia legal y sobre todo, constitucional. De acuerdo con esto, el órgano jurisdiccional deberá expresar razonadamente, sobre el caso concreto, en la sentencia por ejemplo, los fundamentos de hecho como los de derecho, con la finalidad que su decisión esté objetivamente bien justificada y de esta manera se garantice, que

dicha decisión es regular,⁽¹⁴⁵⁾ carente de algún vicio o error (Véase *infra* apartado 6 del presente capítulo, para mayor información respecto a los vicios o errores en la motivación judicial.)

La motivación entendida como aquella justificación racional y objetiva por la adopción de una determinada decisión (V.gr., la sentencia penal),⁽¹⁴⁶⁾ por el órgano jurisdiccional, ante un determinado caso concreto, está regulado en el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política de 1993, así como en el artículo 122 inciso 3 del Código Procesal Civil, aprobado por Resolución Ministerial N° 010-93-JUS del 22 de abril de 1993, en el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobado mediante Decreto Supremo N° 017-93-JUS del 2 junio de 1993; y en el artículo 429° numeral 4 del Código Procesal Penal de 2004, aprobado por Decreto Legislativo N° 957 del 29 de julio de 2004 (en progresiva aplicación en todos los distritos judiciales del Perú).

La motivación de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales es una exigencia para cualquier órgano jurisdiccional, está establecida en la Constitución Política de 1993 (art. 139° inc. 5), donde se señala que son principios y derechos de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” (Const., 2011, pp. 143-144).

La motivación como exigencia constitucional forma parte del contenido del

(145) Así, para Michele Taruffo (2011), la motivación solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las opciones adoptadas.

(146) Como bien está precisado, en la presente tesis se adoptó esta definición de motivación, esto es, como justificación de la decisión; la otra definición de motivación es entendida, como explicación de la decisión (Véase De Asís, 2005, p. 29).

derecho-principio debido proceso, establecido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución;⁽¹⁴⁷⁾ así, lo señaló el Tribunal Constitucional (TC) peruano, en la Sentencia constitucional del 14 de noviembre de 2005:

(...), uno de los contenidos del derecho al debido proceso es el derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos. La exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas en proporción a los términos del inciso 5) del artículo 139° de la Norma Fundamental, garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen la argumentación jurídica que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que el juez penal corresponde resolver. (STC, Expediente N° 8125-2005-PHC/TC, 2005, fj. 11).

La motivación de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales no solo está consagrada en la Constitución Política del Estado, sino también en la ley. Así, se señala en el artículo 122° numeral 3 del Código Procesal Civil de 1993 (CPC):

La mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución con las consideraciones, en orden numérico correlativo, de los fundamentos de hecho

(147) La motivación como principio se concatena con el principio de imputación necesaria, el mismo que implica que toda resolución judicial, los juicios de valor tomen lugar en forma individualizada. Tal como lo señaló la Corte Suprema de Justicia de la República en el Ejecutoria suprema (R. N.) N° 946-2011-Ucayali. (Véase Peña, 2015, p. 132)

que sustentan la decisión, y los respectivos de derecho con cita de la norma o normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado. (Jurista Editores, 2009, p. 496).

La exigencia legal mencionada es uno de los contenidos de toda resolución judicial, excepto la de mero trámite (p. ej., el decreto).⁽¹⁴⁸⁾

Así, la Corte Suprema de Justicia de la República estableció, en la Casación N° 3668-2002 de 9 de enero del 2003:

(...) Que, la obligatoriedad de motivar las resoluciones judiciales está contenida en el inciso tercero del artículo ciento veintidós Código Procesal Civil, el cual prevé que debe hacerse mención sucesiva de los puntos sobre los que versa la resolución, con los fundamentos de hecho y los respectivos de derecho, con la cita de normas aplicables en cada punto, según el mérito de lo actuado; TERCERO.- Que, la observancia al principio procesal mencionado implica un pronunciamiento que incida en todos y cada uno de los puntos en controversia, tal como regula el inciso cuarto del precitado artículo, cuya norma expresamente establece que toda resolución debe contener la expresión clara y precisa de lo que se decide u ordena respecto de todos los puntos controvertidos en el proceso; disposición que se encuentra corroborada con lo previsto en el artículo ciento

(148) Esta exigencia legal, también está establecida (en concreto) en el artículo 121° *in fine* del acotado Código Procesal, claro, el último párrafo de este artículo se refiere a una resolución en concreto, esto es, una sentencia, y dice:

Mediante la sentencia el Juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. (Jurista Editores, 2009, pp. 495-496)

veintiuno del citado Código Adjetivo. (Sala Civil Transitoria, Casación N° 3668-2002, 2003, fundamento jurídico segundo y tercero)⁽¹⁴⁹⁾

En la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), exactamente en el artículo 12°, también se establece la exigencia de la motivación de las resoluciones judiciales, cuando señala:

Todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan. Esta disposición alcanza a los órganos jurisdiccionales de segunda instancia que absuelve el grado, en cuyo caso, la reproducción de los fundamentos de la resolución recurrida, no constituye motivación suficiente.⁽¹⁵⁰⁾ (Jurista Editores, 2009, p. 828).

Como se puede observar, el artículo precitado exige que todas resoluciones judiciales deben ser motivadas, esto es, fundamentadas, tanto en hechos como en derecho, pero existe una excepción, son las resoluciones de mero trámite (V.gr., los decretos); de lo contrario, la resolución no estará bien motivada, por ende no estará (bien) fundamentada. Así, el Tribunal Constitucional peruano estableció, en la Sentencia constitucional (voto singular) del 11 de mayo de 2005, lo siguiente:

La obligación constitucional de que, *prima facie*, toda decisión de los poderes públicos esté respaldada en razones objetivas, es decir, que esté debidamente justificada, es consustancial al Estado democrático. El objeto de tal imposición es

(149) En síntesis, esta jurisprudencia casatoria versa sobre un problema de motivación de la sentencia de vista así como de la apelada, en la medida de que tanto el *a quo* como el *ad-quem* no se pronunciaron respecto de todos los puntos controvertidos (se omitió el pronunciamiento de la pretensión impugnatoria principal de la recurrente) (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria, Casación N° 3668-2002, 2003).

(150) Este artículo fue modificado por el Artículo Único de la Ley N° 28490 del 12 de abril de 2005. Con esta ley la motivación por remisión ya no es suficiente para considerar que una resolución (p. ej., una sentencia penal) esté adecuadamente motivada (bien fundamentada).

racionalizar la actuación del poder público, a efectos de que en su expresión diaria no impere la arbitrariedad ni el puro subjetivismo de quienes actúan desde cualquiera de los estamentos del Estado. En el ámbito de las decisiones judiciales esta garantía está recogida en el artículo 139º, inciso 5, de la Constitución, como un principio de la función jurisdiccional del Estado Democrático, y se desarrolla con mayor precisión en el artículo 12º que establece que

(...) todas las resoluciones, con exclusión de las de mero trámite, son motivadas, bajo responsabilidad, con expresión de los fundamentos en que se sustentan (...). (STC, Expediente N° 1744-2005-PA/TC, 2005, fj. 5).

En igual sentido, esta exigencia está establecida en el Código Procesal Penal de 2004: *“Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación, cuando el vicio resulte de su propio tenor.”* (MINJUS, CPP, 2004, art. 429º numeral 4). Siendo esta, una de las causales para interponer el recurso de casación (ante la Corte Suprema de Justicia de la República), con la finalidad que la resolución, en el extremo respectivo, sea motivado adecuadamente, de ser el caso. En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República señaló, en la Casación N° 19-2010-La libertad (resolución del 3 de noviembre de 2010):

(...) el apartado cuarto del artículo cuatrocientos veintinueve del nuevo Código Procesal Penal precisa como motivo autónomo de casación, ‘Si la sentencia o auto ha sido expedido con falta o manifiesta ilogicidad de la motivación’. Este motivo puede resumirse en la ausencia notoria de motivación, en la motivación incompleta –que no responde a todos los agravios relevantes para una decisión razonada del caso–, y en la motivación incongruente, oscura o que vulnera las reglas de la lógica, la ciencia o la experiencia. La ilogicidad de la motivación, conforme a su fuente italiana, está residenciada en vicios ilógicos en la fundamentación del fallo,

que lo hacen irrazonable.

La motivación de las resoluciones judiciales que exige la Constitución requiere de una argumentación que fundamente la declaración de voluntad del órgano jurisdiccional y que atienda al sistema de fuentes normativas establecido. El tribunal debe expresar de modo claro, entendible y suficiente –más allá que, desde la forma de la misma, sea sucinta, escueta o concisa e incluso por remisión– las razones de un concreto pronunciamiento y en las cuales se apoya para adoptar su decisión –no hace falta, por cierto, que entre a debatir cada uno de los preceptos o razones jurídicas alegadas por la parte, pero sí que desarrolle una argumentación racional ajustada al tema en debate–.

Desde la perspectiva del juicio de hecho o de culpabilidad, para que la sentencia no vulnere el principio lógico de razón suficiente debe cumplir dos requisitos: a) consignar expresamente el material probatorio en que se fundan las conclusiones a las que se arriba, describiendo el contenido de cada elemento de prueba que seleccione como relevante [basado en medios de prueba útiles, decisivos e idóneos] –requisito descriptivo–; y, b) valorarlo debidamente, de suerte que evidencie su ligazón racional con las afirmaciones o negaciones que se incorporen en el fallo –requisito intelectual–. (Díaz, 2014, pp. 290-291)

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se puede colegir que es muy importante la motivación de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales por parte del órgano jurisdiccional, de lo contrario, las resoluciones que se emitan, serán arbitrarias, por contrarios a derecho, sobre todo, a la exigencia de la Constitución Política del Estado

(Artículo 139° inciso 3). Así, lo precisó el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia constitucional del 11 de setiembre de 2012, siguiente:

(...). El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, (...) constituye una garantía fundamental en los supuestos en que con la decisión emitida se afecta de manera negativa la esfera o situación jurídica de las personas. Así, toda decisión de carezca de una motivación adecuada, suficiente y congruente, constituirá una decisión arbitraria y, en consecuencia será inconstitucional. (STC, Expediente N° 02637-2011-PHC/TC, 2012, fj. 5)

3. Requisitos de la Motivación Judicial

La motivación de las resoluciones judiciales requiere cumplir con determinados requisitos mínimos como,⁽¹⁵¹⁾ la motivación debe ser expresa, clara, debe respetar la máxima de la experiencia, debe ser suficiente, debe respetar los principios de la Lógica, debe ser congruente con las premisas que se desea motivar y debe ser proporcional, de lo contrario la decisión jurisdiccional o judicial no estará adecuada o razonablemente motivada, que a continuación se explicará.

- a). La Motivación Debe Ser Expresa. El órgano jurisdiccional que expide una sentencia o auto debe consignar taxativamente las razones que lo condujeron a decidir de determinada manera (*V.gr.*, procedente o improcedente o válido o nula

(151) En la doctrina procesal, existen diversos y variados requisitos o características de una motivación judicial o jurisdiccional; no obstante ello, existen determinados requisitos o características que son comunes a esta variedad. Por otro lado, en este apartado de la presente tesis, solo son explicados aquellos requisitos que coadyuvan, de la mejor manera, a la consecución al objeto de la presente tesis.

una resolución).⁽¹⁵²⁾

b). La Motivación Debe Ser Clara. El lenguaje que emplea el órgano jurisdiccional, en las resoluciones judiciales (como, por ejemplo, en las sentencias penales condenatorias), debe ser clara, esto es, entendible para los justiciables (*V.gr.*, el condenado), a fin de que pueda defenderse, en general para la sociedad en su conjunto.⁽¹⁵³⁾ En tal sentido se debe evitar utilizar proposiciones vagas, ambiguas, oscuras, el excesivo tecnicismo, las frases latinas (denominado brocardo jurídico) (*V.gr.*, el *A quo*), que no en pocos casos ha generado o genera confusión, e incluso equívoco, en el justiciable.⁽¹⁵⁴⁾

c). La Motivación debe Respetar la Máxima de la Experiencia. La máxima de la experiencia se refiere a aquellas reglas o principios (objetivos) de aplicación general que son producto de la inferencia o deducción de casos resueltos de manera continua, pero que son anteriores al caso que es materia de juzgamiento y no necesariamente tienen alguna relación con esta; y sirven de apoyo o ayuda en

(152) Este es el vicio que se observa comúnmente en las resoluciones judiciales (*V.gr.*, sentencia penal); al respecto véase el libro titulado “Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales” (Castillo, J., Luján, M., y Zavaleta, R., 2004, pp. 411-424).

(153) Al respecto los autores Castillo Alva et al. (2004) señalan acertadamente, lo siguiente: “Muchas veces el lenguaje judicial se presenta como algo esotérico u oculto para los justiciables, olvidándose es a ellos a quienes va dirigido.” (p. 424)

(154) A este requisito también se le denomina, en la doctrina procesal, como autosuficiente, porque, precisamente debe ser comprensible por sí misma, sin requerir a ninguna otra fuente (Ezquiaga Ganuzas, 2013, pp. 145-146).

los casos a resolverse.⁽¹⁵⁵⁾ En tal sentido, el órgano jurisdiccional no debe dejar de observar y explicitar en la resolución correspondiente (*V.gr.*, la sentencia penal condenatoria), aquellas reglas que se han ido formando a consecuencia de haber resuelto un conjunto de hechos anteriores a los que son materia de juzgamiento.⁽¹⁵⁶⁾

d). La Motivación Debe Ser Suficiente. La suficiencia (criterio cualitativo) de la motivación se refiere a que la decisión judicial adoptada ha de ser el más adecuado y bien justificadas, especialmente cuando se tratan de casos controvertidos o complejos (se deben exponer las razones que justifican el porqué de esta decisión judicial y no otra). Ezquiaga (2013) respecto a este requisito de la motivación, señala:

No basta que cada una de las decisiones parciales que conducen a la decisión final estén bien justificadas, sino que es preciso, además, que la motivación de cada una de ellas sea “suficiente” (la completitud es una cuestión de cantidad, mientras que la suficiencia es un criterio cualitativo). Para cumplir con esta exigencia no es suficiente con proporcionar un argumento que avale la decisión adoptada, sino que (al menos en los casos de discrepancias) habrá que dar adicionalmente razones que justifiquen por qué ese argumento es

(155) Los autores Castillo et al. (2004, p. 426), parafraseando a De La Rúa (1991), señalan que las máximas de la experiencia es de “crucial importancia en el proceso, pues sirven para valorar el material probatorio, conducir el razonamiento del juez y motivar las resoluciones judiciales.”

(156) Otra definición de máximas de la experiencia es la citada por Perfecto Andrés (1992, p. 286), quien adopta la definición dada por Stein (1988); y es la siguiente:

Definiciones o juicios hipotéticos de contenido general desligados de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han inducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos.

mejor o más adecuado que otros potencialmente utilizables. (pp. 144-145).

- e). La Motivación Debe Respetar los Principios de la Lógica. El razonamiento judicial mas precisamente, la argumentación jurídica debe ser correcto en su forma y coherente en su estructura, de lo contrario la resolución (como, por ejemplo, la sentencia penal), que contiene una argumentación jurídica que no respeta los principios lógicos o de la Lógica y las reglas del correcto razonar, será inválido e impugnabile, según corresponda.⁽¹⁵⁷⁾

Los principios lógicos o de la Lógica (principio de identidad, principio de no contradicción, principio del tercero excluido y principio de razón suficiente) son de validez universal el mismo implica que su observancia es absoluta en todo razonamiento científico (como, por ejemplo, el razonamiento judicial o jurisdiccional), que pretenda razonar con propiedad, bajo la certeza de no incurrir en error *in cogitando*, esto es, en vicios del razonamiento derivados de la infracción de los principios y de las reglas de la argumentación, relacionados con el defecto o la ausencia de las premisas menor (premisa fáctica) o mayor (premisa jurídica) de la inferencia jurídica (silogismo judicial). (Castillo et al., 2004, p. 404)

- f). La Motivación Debe Ser Congruente con las Premisas que se Desea Motivar. En la resolución (p. ej., una sentencia penal) existen premisas fácticas (de hecho) y jurídicas (de derecho) que deben ser justificadas respectivamente, a través de argumentos válidos, por el órgano jurisdiccional. De esta manera, se logra una

(157) Cabe precisar aquí, en la presente tesis se referirá, principalmente, al primer extremo de este requisito, esto es, la motivación en cuanto a su forma.

motivación congruente de la resolución judicial. Ezquiaga (2013) respecto a este requisito de la motivación, señala:

Los argumentos empleados deben elegirse y utilizarse en función del tipo de premisas o decisión que quiere justificarse (por ejemplo, la premisa “factual” o *quaestio [sic] facti* y la premisa “jurídica” o *quaestio [sic] iuris*). Los argumentos por medio de los que puede ser considerado suficientemente motivado un significado, seguramente no pueden ser válidamente empleados para justificar por qué se considera más creíble un testimonio que otro. (p. 146)

- g). La Motivación Debe Ser Proporcional. La motivación de la resolución judicial, sea de la premisa fáctica o de la premisa normativa (jurídica) contenida en la misma, no debe ser carente de argumentación concisa justificada ni tampoco de una argumentación excesiva justificada; es decir, los argumentos empleados en la motivación tienen que ser proporcionales a las exigencias que la resolución del caso merece. Ezquiaga (2013, p. 146) señala que la motivación judicial no puede ser demasiado escueta (o escasa) ni demasiado prolija (o extensa), porque pueden estar eludiendo una suficiente motivación.

De manera que, la motivación de las resoluciones judiciales por parte del órgano jurisdiccional debe cumplir con los requisitos antes explicados, de lo contrario las decisiones judiciales o jurisdiccionales no solo carecerán de sentido sino peor aún, serán arbitrarias. Así, por ejemplo, una sentencia penal condenatoria que adolezca del principio lógico de no contradicción o de algún otro requisito antes explicado, puede ser materia de impugnación vía recurso de apelación o del recurso de casación, ante el órgano superior jerárquico, justamente por un problema de motivación inadecuada o ausencia del mismo.

4. La Motivación Judicial como Imperativo Constitucional

La obligación de la motivación que expresa la Constitución es una condición de validez de cualquier resolución judicial, bien se trate de un auto o una sentencia.⁽¹⁵⁸⁾ Por mandato constitucional no solo las sentencias se motivan, sino otras resoluciones judiciales, con excepción las de mero trámite (impulso del proceso) como, por ejemplo, los decretos.

La Constitución Política de 1993 (art. 139° inc. 5) establece que, son principios y derechos de la función jurisdiccional: “La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan” (Const., 2011, pp. 143-144). De acuerdo con este texto constitucional, la motivación de las resoluciones judiciales deberá contener por lo menos la referencia de la ley aplicable al caso concreto y debe registrar también los fundamentos de hecho que sustentan la decisión. Tanto la motivación de los hechos, como la motivación del derecho aplicable al caso concreto, componen la estructura indispensable del deber constitucional de justificar las resoluciones judiciales.

(158) Conviene precisar en este extremo, que cuando se hace alusión a la obligación de la motivación de la resolución judicial por parte del órgano jurisdiccional (véase el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política de 1993), no tanto se refiere al sentido formal de imponerle la obligación de motivar sus decisiones, dado que la misma ley ordinaria ya contiene preceptos puntuales para ese fin (véase el artículo 122° inciso 3 del Código Procesal Civil de 1993), sino más bien en el sentido más sustancial de fijación de los requisitos mínimos necesarios para que se pueda decir que una sentencia está efectivamente motivada (idea extraído y adaptado por el autor de Michele Taruffo (2011, p. 29), quien parafrasea a Colesanti [1974]).

El contenido constitucional protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, fue determinado por el Tribunal Constitucional peruano en la Sentencia constitucional del 23 de abril de 2012; y dice así:

Como lo ha precisado [*i.e.* como precisó] este Tribunal el contenido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales exige que exista: a) fundamentación que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y asimismo reclama c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (Cfr. Exp. N° 4348-2005-PA/TC). (STC, Expediente N° 02462-2011-PHC/TC, 2012, fj. 5)

Respecto a este último extremo de la precitada sentencia del Tribunal, Talavera (2010) señala:

Cabe destacar que la fórmula de la motivación por remisión ha sido abandonada en el Perú al publicarse la Ley N° 28490, que modificó el artículo 12° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo que la motivación por remisión sea considerada motivación insuficiente. (p. 30)

La motivación de las resoluciones judiciales o jurisdiccionales, según la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano (2013), expresa dos cosas; por un lado garantiza que la impartición de justicia se lleva a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes; y, por otro, permite que el justiciable ejercite su derecho de defensa:

En ese sentido, la necesidad de que las resoluciones judiciales sean motivadas es un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional y es, al mismo tiempo, un derecho constitucional de los justiciables. Mediante la motivación, por un lado, se garantiza que la impartición de justicia se lleva a cabo de conformidad con la Constitución y las leyes (artículos 45° y 138° de la Constitución) y, por otro, que los justiciables puedan ejercer de manera efectiva su derecho de defensa. (STC, Expediente N° 00207-2013-PHC/TC, 2013, fj. 2.3)

Igualmente, la motivación de las resoluciones judiciales debe ser suficiente y razonada, según la jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano, en el supuesto de que con la medida ha adoptarse se va a limitar derechos fundamentales del justiciable (*V.gr.*, la libertad personal); y así se señala:

Dos son, ese sentido, las características que debe tener la motivación de la detención judicial preventiva. En primer lugar, tiene que ser “suficiente”, esto es, debe expresar, por sí misma, las condiciones de hecho y de derecho que sirven para dictarla o mantenerla. En segundo término, debe ser “razonada”, en el sentido de que en ella se observe la ponderación judicial en torno a la concurrencia de todos los aspectos que justifican la adopción de la medida cautelar, pues de otra forma no podría evaluarse si es arbitraria por injustificada. (STC Expediente N° 1091-2002-HC/TC, 2002, fj. 19)

En igual sentido es la posición de la jurisprudencia española, es decir, que la motivación de la resolución (judicial) ha de ser permitir conocer las razones que justifican la decisión judicial, así como ha de ser suficiente, la misma que incluye a la integridad de la resolución en sí misma, como la individualización de la pena. Así, Rodríguez-Ramos (2007) señala:

La motivación exige que la resolución contenga una fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del derecho a un supuesto específico, permitiendo a un observador imparcial conocer las razones que sirve de soporte a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no sea actuado con arbitrariedad. Por otra parte, la motivación ha de ser suficiente, siendo las peculiares circunstancias del caso así como la propia naturaleza de la resolución, las que han de servir para juzgar sobre la suficiencia o no de la fundamentación, teniendo presente que la motivación no es un requisito formal sino un imperativo de la racionalidad de la decisión no siendo necesario explicitar lo obvio. Lo anterior no solo es aplicable a las resoluciones judiciales en su conjunto (artículo 120.3 CE) sino también a las decisiones concretas integradas en la misma, como es la individualización de la pena, 547/2004, de 5 de mayo, transcrita por 852/2004, de 30 de junio. (p. 204)

Además, el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales garantiza (a los justiciables), que la decisión contenida en la resolución judicial (o fallo), sea consecuencia de una deducción razonada de los hechos del caso, las pruebas aportadas y su valoración jurídica. Descartándose de esta manera, que la decisión adoptada, sea en base a apreciaciones subjetivas o caprichosas por parte del órgano jurisdiccional.

4.1 La Motivación de la Sentencia Penal

La motivación de las resoluciones judiciales, específicamente de la sentencia

penal (condenatoria)⁽¹⁵⁹⁾ implica tener dos cosas presentes en mente; primero, que se va a utilizar el ius puniendi del Estado (la Policía Nacional, Ministerio Público, entre otras instituciones estatales que hacen o cumplen la ley penal); y segundo, que se va a privar el derecho fundamental a la libertad del procesado, siendo la libertad un derecho fundamental, el mismo que nos hace ser humano; consagrado en la Constitución Política de 1993 (artículo 2º) y en los instrumentos internacionales (V.gr., Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 1º, 3º y 9º).

Ahora bien, pero qué se entiende por motivación de la sentencia penal (condenatoria),⁽¹⁶⁰⁾ doctrinariamente se entiende, como un conjunto de razonamientos de hecho y de derecho realizados por el órgano jurisdiccional penal, en los cuales apoya su decisión, de imponer una determinada pena o medida de seguridad a la persona que está siendo procesado o que fue procesado, por la comisión u omisión de un determinado hecho punible (delito, por ejemplo); y de acuerdo a lo que aquí interesa, la pena ha de ser privativa de libertad (efectiva) y deberá ser cumplida (ejecución de la pena), bajo ciertas condiciones y reglas, que inspira la idea de respecto a la dignidad de la persona humana, para su resocialización, en un determinado establecimiento penitenciario peruano.

(159) Resulta *conditio sine qua non* precisar, en este apartado (aspecto procesal), dos cosas; uno, el tema de la motivación se toca como complemento inescindible a la determinación judicial de la pena; y dos, resulta conocido que la sentencia penal emitida por el órgano jurisdiccional competente, en situaciones normales, es siempre al final del proceso penal. Entiéndase por sentencia (penal) como aquella decisión de mérito, de fondo, que pone fin al proceso absolviendo o condenando al procesado, lo cual se obtiene mediante un desarrollo analítico del juez para concluir el grado de certeza a que llegó.

(160) En el caso de las sentencias penales condenatorias, el deber de motivación es especialmente relevante, tanto por exigencias del principio de legalidad penal (artículo II del Título Preliminar del CP) como porque están en juego derechos y libertades fundamentales de las personas.

Precisando más aún la definición antes esgrimida, la motivación de la sentencia penal (condenatoria) implica necesariamente la justificación y acreditación de todos y cada uno de los elementos del injusto penal, la culpabilidad y la individualización de las consecuencias jurídicas, dentro de estas la pena a aplicarse al procesado (Castillo, 2013b, pp. 126-127).⁽¹⁶¹⁾ Así, por ejemplo, el órgano jurisdiccional no solo debe tener en cuenta la concreta modalidad típica básica, sino también las circunstancias agravantes específicas y las circunstancias atenuantes (privilegiadas), con la finalidad de una adecuada aplicación de la ley penal, específicamente la normatividad de la aplicación de la pena. (Véase STC Exp. N° 9811-2006-HC/TC, 2007, ffjj. 3-5; Castillo, 2013a, p. 358)

El Tribunal Constitucional peruano (2008) ha señalado que las resoluciones de rechazo de demanda o que impliquen la afectación de derechos fundamentales como la libertad personal, por ejemplo, requieren de una especial justificación:

(...) resulta indispensable una especial justificación para el caso de decisiones de rechazo de demanda, o cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecten derechos fundamentales como el de la libertad. En estos casos, la motivación de la sentencia opera como un doble mandato, referido tanto al propio derecho a la justificación de la decisión como también al derecho que está siendo objeto de restricción por parte del Juez o Tribunal. (STC, Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, 2008, fj. 7)

(161) Ampliando más esta definición, José Castillo (2013b) señala –refiriéndose a la motivación suficiente en materia penal (en el extremo de las consecuencias jurídicas)–, que la misma exige una justificación adecuada y exhaustiva de la imposición de la consecuencia jurídica de carácter penal (p. ej., la clase de pena o quantum de pena) como sí se impone eventualmente alguna consecuencia accesorio, en caso de que la sentencia sea condenatoria (p. 142).

En el mismo sentido, el Tribunal Constitucional español considera que las resoluciones judiciales (sentencias) que atañen, de alguna manera, a la libertad, o en fin, cuando el juez se aparta de sus precedentes, requieren de una especial o reforzada motivación.

El Tribunal Constitucional considera que las resoluciones atinentes al derecho a la libertad de una persona requieren de una motivación especial, que se muestra claramente reforzada con respecto a la vertida en otros supuestos, criterio que ha seguido en diferentes sentencias [SSTC 2/1997, 3/1997, 81/1997 y 88/1998] y que otorga a las resoluciones penales un plus de motivación que también debiera reflejarse en la cuantificación de las penas, vistas las consecuencias que estas entrañan para el justiciable. (Jorge, 1999, pp. 49-50)

5. El Control de la Motivación de la Sentencia Penal Condenatoria

Si la sentencia penal (condenatoria) adolece de ausencia de motivación o de una defectuosa motivación, el justiciable se encuentra habilitado de ejercitar su derecho de defensa, -porque la resolución no se ajusta a Derecho o al valor justicia-, e impugnar dicha resolución, para que el órgano jurisdiccional superior jerárquico resuelva, en forma definitiva, su situación jurídica. Es decir, pueda ser contralado dicha resolución, sea a nivel del Poder Judicial o a nivel del Tribunal Constitucional, mediante los medios o instrumentos adecuados. Todo dependerá de qué derecho o bien jurídico está en cuestión (vulnerado o afectado).

Ahora bien, cuándo se considera vulnerado o amenazado el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales, ante un determinado caso concreto. Al respecto el Tribunal Constitucional peruano precisó en una de sus sentencias, lo siguiente:

(...) el análisis de si en una determinada resolución judicial se ha violado o no el derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales debe realizarse a partir de los propios fundamentos expuestos en la resolución cuestionada, de modo que las demás piezas procesales o medios probatorios del proceso en cuestión solo pueden ser evaluados para contrastar las razones expuestas, mas no pueden ser objeto de una nueva evaluación o análisis. Esto, porque en este tipo de procesos al Juez constitucional no le incumbe el mérito de la causa, sino el análisis *externo* de la resolución, a efectos de contrastar si esta es el resultado de un juicio racional y objetivo donde el Juez ha puesto en evidencia su independencia e imparcialidad en la resolución de un determinado conflicto, sin caer en arbitrariedad en la interpretación y aplicación del derecho ni en subjetividades o inconsistencias en la valoración de los hechos. (STC, Expediente N° 01480-2006-AA/TC, 2006, fj. 2)

En la sentencia penal condenatoria el control, por parte del órgano jurisdiccional competente, estará basado, en general, en la verificación de la existencia de una justificación especial o reforzada; ya que, mediante la medida adoptada se priva o afecta derechos fundamentales como, la libertad personal, por ejemplo.

Ahora bien, puntualizando más aún el control de la motivación de la sentencia penal condenatoria, al igual que la valoración de la prueba, se extiende a la justificación externa, mediante el análisis exhaustivo de las “máximas de la experiencia” adoptadas por el órgano jurisdiccional (*A quo*), y a la justificación interna (del razonamiento), mediante la verificación sobre la idoneidad lógico-jurídica del razonamiento seguido por el órgano jurisdiccional.

El Tribunal Constitucional peruano precisó en este aspecto, delimitando el contenido constitucionalmente protegido del derecho a la debida motivación en la siguiente Sentencia constitucional:

(...). Si el control de la motivación interna, permite identificar la falta de corrección lógica en la argumentación del juez, el control en la justificación de las premisas permite identificar las razones que sustentan las premisas en las que ha basado su argumento. El control de la justificación externa del razonamiento resulta fundamental para apreciar la justicia y razonabilidad de la decisión judicial en el Estado democrático, porque obliga al juez a ser exhaustivo en la fundamentación de su decisión y a no dejarse persuadir por la simple lógica formal. (STC, Expediente N° 08439-2013-PHC/TC, 2014, fj. 10)

De manera que, sí el órgano jurisdiccional de control advierte o evidencia, en la sentencia penal condenatoria, la ausencia de una justificación especial o reforzada de la medida adoptada, entonces la decisión contenida en la resolución es arbitraria y, en consecuencia, será inconstitucional. Ante este hecho el justiciable se encuentra habilitado para hacer efectiva su derecho de defensa, sea por vulneración o violación al debido proceso o por ausencia de motivación (adecuada), y en consecuencia exigir al órgano jurisdiccional respectivo, realice el control de la resolución cuestionada, en el extremo respectivo.

A). Control a Nivel del Poder Judicial.

El control de la motivación de la resolución judicial (sentencia penal condenatoria) nivel del Poder Judicial se da a través, del recurso de casación, regulado en la Sección V, específicamente en el artículo 429 (numeral 4) del Código Procesal Penal de 2004 (Código Procesal en progresiva vigencia a nivel de todo el territorio peruano) concordado con el artículo 427° del este Código Procesal. Tal como se puede observar en la siguiente Sentencia de Casación (N° 08-2007) del 13 de febrero de 2008,

donde es aplicable el numeral 4 del acotado artículo del Código Procesal Penal:

CUARTO: (...) el recurso de Casación, por su propia naturaleza no constituye una nueva instancia, por tratarse de un medio impugnatorio de carácter extraordinario con motivos tasados que tiene caracteres que están determinados en la ley y han merecido una serie de disquisiciones en el campo de la doctrina; en ese contexto, constituye una de sus finalidades el control de logicidad en la motivación de las resoluciones judiciales, que pueden resumirse en lo siguiente: en falta de motivación, deficiente motivación, insuficiente motivación, aparente motivación y la incongruencia entre la parte considerativa y la parte decisoria de la resolución (...).

(...).

QUINTO: (...).

(...), las decisiones jurisdiccionales que correspondan, deben ser adecuadamente fundamentadas mediante un razonamiento jurídico que exprese el porqué de lo que se decide. (...).

(...).

SEXTO: Una de las garantías establecidas por la ley, es el derecho de obtener de los órganos jurisdiccionales una respuesta motivada, pero razonada y congruente respecto a las peticiones que se formulen, en este caso, en materia penal. La exigencia de motivación como se tiene expuesto, se encuentra regulada en el plano constitucional, en el inciso quinto del artículo ciento treinta y nueve de la Constitución; debiendo tenerse en consideración que la garantía procesal específica de motivación, integra a su vez la garantía de tutela jurisdiccional relacionada también con el debido proceso; de ahí que toda decisión jurisdiccional debe estar fundamentada con logicidad, claridad y coherencia, lo que permitirá entender el

porqué de lo resuelto. (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS), 2012, pp. 35-36)

Adicionalmente resulta conveniente precisar, que el recurso de casación, en el aspecto de motivación, se puede interponer por ante dos supuestos, siendo uno de los supuestos por la falta o ausencia de motivación de la resolución judicial; y el otro supuesto, es cuando existe una manifiesta ilogicidad de la motivación de la resolución judicial. Entiéndase por manifiesta ilogicidad de la motivación, a supuestos claros de contradicción y otras correcciones al razonamiento lógico. (Talavera, 2010).

El control de la motivación de la resolución judicial, también se realiza a un auto (extremo respectivo), por ejemplo, que ordena la detención (prisión) preventiva de un determinado investigado, por un determinado delito; el mencionado control (judicial) se da a través del recurso de apelación, que está regulado en el artículo 138°, *in fine*, del Código Procesal Penal de 1991 (que no entró en vigencia, la totalidad de sus artículos), así como en el artículo 278° del Código Procesal Penal de 2004, concordado con el artículo 416° de este Código Procesal (inciso 1 literales a) y d)); a propósito de este último, pareciere que no se puede declarar la nulidad de la resolución (sentencia o auto, según sea el caso), por ausencia o insuficiencia en la motivación; sin embargo, desde una lectura sistemática de las normas establecidas en el Código Procesal Penal acotado, esto es, entre los artículos 425° inciso 3 literal a) y el artículo 150 literal d), sí procede declarar la nulidad de la misma por la mencionada causal.

Una muestra de lo señalado en el párrafo anterior, se observa en la Resolución del 24 de noviembre de 2006, del Expediente N° 636-2006-A:

(...); CUARTO: que asimismo, tomando en cuenta lo que es materia de grado, el

colegiado deberá analizar aquellos actuados que sirvieron de sustento al dictado de la detención, es decir, la investigación policial como preliminar que obra a fojas uno a ciento cincuenta y cinco; A) que en cuanto al primero de los requisitos, de los que hace referencia en el considerando anterior, se advierte que el encausado Salinas Malásquez, ha sido uniforme y coherente al referir no haber tenido participación alguna en los hechos investigados, por cuanto el día de su intervención, se encontraba a bordo del vehículo intervenido, pues iba acompañando a su coprocesado Julio César Torres Maguiña, ya que este le iba a prestar dinero; asimismo se tiene las manifestaciones de sus coprocesados Julio César Torres Maguiña y Miguel Ángel Torres Maguiña, obrante a fojas treinta y nueve y cuarenta y cuatro, y cuarenta y cinco y cincuenta, respectivamente; refiere el primero de ellos tener vínculo laboral con el encausado solicitante, en tanto que su coprocesado Miguel Ángel Torres Maguiña refiere no conocerlo, aunado a ello se tiene las manifestaciones preliminares de las agraviadas Durand Aguilar, Ríos Lazarte y Patiño Ocaña, obrante a fojas veintiséis a treinta y tres, quienes tampoco reconocen al procesado Salinas Malásquez, como uno de los sujetos que participo en los hechos investigados; B) que en cuanto al tercer requisito, se tiene en autos a fojas ciento cuarenta y tres la ficha electoral del procesado Salinas Malásquez, con el cual se acredita que el encausado peticionante tiene domicilio real y conocido, consecuentemente el procesado no va a eludir la acción de la justicia ni va a perturbar la actividad probatoria, es decir, no hay concurrencia de los tres postulados que establece el artículo ciento treinta y cinco del Código Procesal Penal; fundamento por las cuales, y en aplicación de los artículos ciento cuarenta y tres y ciento cuarenta y cuatro del Código Procesal Penal, REVOCARON la resolución apelada de fojas ciento sesenta y uno a ciento sesenta y seis, su fecha veintinueve de noviembre del año dos mil seis, que decreta mandato

de detención contra Roberto Salinas Malásquez (...). (Montoya, 2010, pp. 335-336)

Existe aún el vetusto recurso de nulidad, que también permite un mecanismo de control de la motivación de la resolución judicial (sentencia penal), regulado en el Título V, específicamente en el artículo 292° y siguientes del Código de Procedimientos Penales de 1940 (C. de PP). Tal como se puede observar en la siguiente jurisprudencia suprema (Recurso de Queja N° 1158-2009 del 22 de julio de 2011), donde la norma aplicable al caso, es el artículo 297° inciso 2, del Código de Procedimientos.

SEGUNDO: (...) El control de la logicidad de la sentencia, en el ámbito de una denuncia por argumentos contradictorios –desde la valoración de la prueba y la declaración de hechos probados–, será procedente cuando se formulan afirmaciones o se enuncian conclusiones probatorias (i) sin contar con los elementos probatorios previamente analizados o sin constar en autos elementos de prueba realmente existentes, (ii) contradictorias o contrarias entre sí, o (iii) causalmente desconectadas con la premisa de que se parte. En estos casos no se está ante un error de hecho sino ante un error lógico jurídico. (Espinoza, Amaya y Chumpitaz, 2013, p. 235)

B). Control a Nivel Tribunal Constitucional (TC).

El control de la motivación de una resolución judicial a nivel del Tribunal Constitucional, es permitido por el artículo 4° del Código Procesal Constitucional (CPConst.), cuando señala que, el amparo procede respecto de resoluciones judiciales firmes dictadas con manifiesto agravio a la tutela procesal efectiva, que comprende el

acceso a la justicia y al debido proceso; y el hábeas corpus procede cuando una resolución judicial firme vulnera en forma manifiesta la libertad individual y la tutela procesal efectiva.

El Tribunal Constitucional peruano, consideró que el derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva. Así lo señaló en la sentencia constitucional del 17 de octubre de 2005: “El derecho a la motivación es un presupuesto fundamental para el adecuado y constitucional ejercicio del derecho a la tutela procesal efectiva.” (STC, Exp. N° 6712-2005-HC/TC, 2005, fj. 10).

El control en el aspecto de la motivación de la resolución judicial se da través del proceso constitucional de hábeas corpus y el proceso constitucional de amparo, según sea el caso, y que están regulados en el artículo 200° incisos 1) y 2) de la Constitución Política de 1993, respectivamente, y en los artículos 25° al 60° del Código Procesal Constitucional del 2004; y no en otros procesos constitucionales.

Por el proceso de hábeas corpus se puede demandar la violación o amenaza de vulneración del derecho a la libertad individual y los derechos conexos a este, entre estos el derecho a la tutela procesal efectiva (debido proceso); mientras, por el proceso de amparo se puede demandar la violación o amenaza de vulneración de los demás derechos constitucionales reconocido por la Constitución, con excepción de los derechos constitucionales protegidos por el proceso de hábeas data, así como, también las normas legales y resoluciones judiciales emanadas de procedimiento regular.

Como se puede observar en el párrafo precedente, el control de las resoluciones judiciales por parte del Tribunal Constitucional peruano se puede dar a través del proceso de proceso de hábeas corpus, por violación o amenaza de violación del derecho

al debido proceso, en tanto esté ligado a la afectación del derecho a la libertad (ambulatoria) del justiciable; y por el proceso de amparo, por violación o amenaza de violación de los demás derechos constitucionales que no estén protegidos por el proceso de hábeas corpus y el proceso de hábeas data o por cualquier otro proceso. Un ejemplo de esto último, la violación del derecho a la tutela procesal efectiva o tutela jurisdiccional, específicamente la motivación de la determinación judicial de la pena.

Un control que realiza el Tribunal Constitucional peruano a las resoluciones judiciales, por violación o amenaza de vulneración del derecho a la debida motivación, se da a través del proceso de amparo y obedece a determinados parámetros establecido por el mismo órgano constitucional (denominado canon interpretativo). Este control es denominado, por la doctrina constitucional, como control constitucional (de las resoluciones judiciales ordinarias).

El supremo intérprete de la Constitución (TC), con la finalidad de realizar un control efectivo sobre la motivación de las resoluciones judiciales, ha establecido (fijado) un canon interpretativo que lo legitima realizar el mismo.

Dicho canon interpretativo que permite al Tribunal Constitucional realizar, legítimamente, el control de las resoluciones judiciales ordinarias, está compuesto, en primer lugar, por un examen de razonabilidad; en segundo lugar, por el examen de coherencia; y, finalmente, por el examen de suficiencia.

- (a) *Examen de razonabilidad.*- Por el examen de razonabilidad, el Tribunal Constitucional debe evaluar si la revisión de todo el proceso judicial ordinario es relevante para determinar si la resolución judicial que se cuestiona vulnera el derecho fundamental que está siendo demandado.
- (b) *Examen de coherencia.*- El examen de coherencia exige que el Tribunal Constitucional precise si el acto lesivo en el caso concreto se vincula directamente con el proceso o con la decisión judicial que se impugna; de lo contrario, no estaría plenamente justificado el hecho de que el Tribunal efectúe una revisión total del proceso ordinario, si tal revisión no guarda relación alguna con el acto vulneratorio.
- (c) *Examen de suficiencia.*- Mediante el examen de suficiencia, el Tribunal Constitucional debe determinar la intensidad del control constitucional que sea necesaria para llegar a precisar el límite de la revisión del proceso judicial ordinario, a fin de cautelar el derecho fundamental demandado. (STC, Expediente N° 3179-2004-AA/TC, 2005, fj. 23)

De manera que, a partir de dicho canon, el Tribunal Constitucional realizó o materializó el control constitucional de las resoluciones judiciales ordinarias –sobre la base de los criterios lógicos y coherencia narrativa. Este canon interpretativo de control constitucional, también debe respetar el órgano jurisdiccional ordinario (juez o tribunal del Poder Judicial).

Por otro lado, sin embargo, según Igartua (2008, p. 84; 2009, p. 219), parafraseando a Romano Tassone (1987), el control de la motivación de la determinación judicial de la pena (como acto discrecional) está dirigida, indirectamente, a las razones que se aducen en su favor (de acuerdo con criterios de racionalidad o razonabilidad); en cambio, el control de la motivación de la sentencia penal (como aplicación del derecho)

en general, que está dirigida, directamente, a la decisión en sí misma (la acción).⁽¹⁶²⁾

Después de todo, el control constitucional realizado por el Tribunal Constitucional, busca teleológicamente encontrar el equilibrio que la afectación constitucional supone; ya que, de darse este supuesto, el mencionado Tribunal, “desestimaré la resolución afectada de inconstitucionalidad y ordenará la reparación del daño causado” (Figuerola, 2012, p. 128).

6. El Deber de Motivación de la Determinación Judicial de la Pena

Este apartado del presente capítulo de la presente tesis, trata sobre la motivación de la determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias, y está referido a aquellos criterios adoptados por parte del órgano jurisdiccional, en la justificación y fundamentación de la graduación de la pena, y que la misma implica realizar un razonamiento lógico-jurídico coherente y, sobre todo, consistente (suficiente), de dichos criterios en el caso concreto; así como, por ejemplo, en determinar (dar contenido) los conceptos jurídicos indeterminados y genéricos, que el legislador estableció en la constitución de la normatividad referida a la graduación judicial de la pena (p. ej., “circunstancias personales” del procesado).

La motivación de la determinación judicial de la pena es fundamental, ya que en este

(162) Resulta conveniente precisar que, si bien es cierto que se asume esta concepción de motivación de la determinación judicial de la pena; sin embargo, no se está de acuerdo con el extremo donde señala de que “en ella [refiriéndose a la motivación más abierta, como acto de discrecionalidad] tendrán un acentuado protagonismo, cualitativa y cuantitativamente, elementos y razonamientos metajurídicos o extrajurídicos.” (Igartua, 2008, p. 85; 2009, p. 220)

aspecto (de la tercera y cumbre etapa del proceso de determinación de la pena) se hace evidente el arbitrio judicial, de lo contrario este actuar del órgano jurisdiccional se puede convertir en arbitrario, situación esta que está proscrita por la norma constitucional (artículos 3º y 43º de la Constitución).

La importancia del deber de motivación de la determinación judicial de la pena se observa de manera más clara y evidente, en la doctrina jurisprudencial española y no tanto en la jurisprudencia constitucional peruana; y, así, se señala que la motivación (suficiente) de las resoluciones judiciales es en su integridad, y con esto no solo se hace referencia a un acto formal sino también a casos concretos de decisión (esta exigencia es aplicable en la practicidad del Derecho), como la determinación judicial de la pena (en la doctrina española se hace referencia como individualización [judicial] de la pena *strictu sensu*); y es la siguiente:

(...) Lo anterior [se refiere a la exigencia de la motivación como una formalidad, pero sobre todo como un imperativo de toda racionalidad] no solo es aplicable a las resoluciones judiciales en su conjunto (artículo 120.3 CE) [este numeral del artículo 120º de la Constitución española hace referencia a la motivación de sentencias judiciales] sino también a las decisiones concretas integradas en la misma, como es la individualización de la pena, 547/2004, de 5 de mayo, transcrita por 852/2004, de 30 de junio. (Rodríguez-Ramos, 2007, p. 204)

El Tribunal Supremo español se refiere a la motivación de las sentencias, específicamente al deber de motivación de la determinación judicial de la pena, en la sentencia del 20 de octubre de 98 emitida por el mencionado Tribunal español (R.A 8095), y dice así:

Esta Sala tiene dicho que uno de los aspectos del deber de motivación de las sentencias (art. 120.3 C.E.) que forma parte del derecho a la tutela judicial

efectiva (art. 24.1 C.E.), cuando se trata de resoluciones condenatorias de orden penal, es el relativo a la pena o penas que se imponen: hay que decir cuáles son los criterios que se han utilizado para determinar en concreto su extensión. (Ramos, 1999, p. 615 [Ver Nota 5 de esta página])

Respecto a este último extremo de la precitada jurisprudencia española, resulta *conditio sine qua non* precisar, interpretativamente, que se refiere no solo a la mera nominación de los criterios legales (de determinación judicial de la pena), sino hace referencia a cómo han sido operativizados o funcionalizados dichos criterios (Igartua, 2009, p. 229).

De manera que, la motivación de la determinación judicial de la pena implica adoptar determinados criterios (objetivos o subjetivos), establecidos en la ley penal (p. ej., algunos de estos criterios están establecidos en el art. 46º del CP), en el razonamiento lógico-jurídico que realiza el órgano jurisdiccional, en el proceso determinación de la pena, en el caso concreto; y, por supuesto, los criterios para motivar la determinación judicial de la pena están establecidos, de alguna manera, en el artículo 45º del Código Penal y que hasta ahora se mantienen ahí, no obstante de su modificatoria mediante Ley N° 30364 del 23 de noviembre de 2015.

No obstante de lo señalado en el párrafo precedente (*in fine*), la norma que exige tal motivación, ahora sí, está establecida de manera expresa y clara en el incorporado artículo 45-A, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal de 1991, en el párrafo primero de este artículo se menciona que el órgano jurisdiccional debe motivar y fundamentar en forma explícita y suficiente los motivos de la determinación cuantitativa y cualitativa de la pena, en el caso concreto, de lo contrario tal órgano estaría actuando de manera arbitraria e ilegítima.

Los criterios y circunstancias adoptados por el órgano jurisdiccional, tienen que estar

relacionados al hecho,⁽¹⁶³⁾ los factores han de ser interpretados de manera restrictiva, sobre todo han de ser fundamentados de manera particular, según sea el caso concreto, el órgano jurisdiccional ha de observar los principios de culpabilidad, proporcionalidad, entre otros; y la personalidad del procesado, solo en cuanto estén referidos a factores o elementos que interesan a un Derecho Penal de hecho y de culpabilidad de acto y no estrictamente a un Derecho Penal de autor o de culpabilidad por el carácter, todo con la finalidad de una adecuada y razonable determinación de la pena. A propósito, sobre lo último mencionado, cabe señalar que uno de los principios del Derecho Penal del hecho, es el principio de responsabilidad por el hecho que “se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser –directa o indirectamente–” (Mir Puig, 2006, p. 203).

De conformidad con la definición antes esgrimida, se colige que no se está de acuerdo o no se comparte lo afirmado por el autor Silva Sánchez (2007), en el sentido de que para determinación judicial de la pena se necesita un sistema dogmático, que solo comparte criterios relacionado al hecho delictivo (*ex ante*), y ligado a la teoría del delito. Tampoco se está de acuerdo, respecto al direccionamiento (y restricción) de la motivación de la determinación judicial de la pena a criterios-puentes que demuestren la relación existente entre el grado de antijuricidad y de culpabilidad y la medición de la pena, puesto que con esto se refiere a algo distinto a lo concebido en la presente tesis (Silva y Suárez, 2001, p. 109).⁽¹⁶⁴⁾

(163) Adicionalmente, se señala en la doctrina que el hecho en la determinación de la pena implica ir más allá del hecho delictivo en sí (Ziffer, 1996, pp. 146-151).

(164) No obstante ello (*vide supra*), en lo que sí se está de acuerdo, es con su posición respecto a la motivación de la determinación judicial de la pena, en el sentido de que la misma implica poner conocimiento al ciudadano que la decisión judicial adoptada se debe a una concreta interpretación y aplicación del derecho, por ende carente de arbitrariedad (con la finalidad que, eventualmente, se pueda impugnar vía los recursos establecidos en la ley procesal penal); y que por tanto, se rechaza una motivación implícita (contraria la tutela judicial

Por otro lado, la motivación de la determinación judicial de la pena implica también, llenar los conceptos jurídicos indeterminados como la “gravedad del hecho punible” o las “circunstancias personales” del procesado, la misma que está referido a su edad, su grado de formación intelectual y cultural, su madurez psicológica, su entorno familiar y social, sus actividades laborales, su comportamiento posterior al hecho delictivo y a sus posibilidades de integración en el cuerpo social (Jorge, 1999, p. 104; Igartua, 2008, p. 93; 2009, p. 229).

Ahora bien, lo contrario significaría la existencia de algún error o vicio en la sentencia penal (condenatoria), en este caso, en el extremo de la determinación judicial de la pena. La sentencia del Tribunal Constitucional peruano (STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC del 13 de octubre de 2008), en el caso Giuliana Llamuja Hilaes, tal como se mencionó anteriormente, exige una indispensable especial justificación cuando, como producto de la decisión jurisdiccional, se afecten derechos fundamentales como el de la libertad, la misma que está referida también a la determinación judicial de la pena; es decir, el órgano jurisdiccional tiene el deber también de motivar especialmente este extremo de la sentencia penal condenatoria.⁽¹⁶⁵⁾

efectiva), una motivación escueta y una motivación subsanada (a nivel de segunda instancia judicial). (Véase Silva & Suárez, 2001)

(165) El Tribunal Constitucional peruano sobre el tema de motivación (y fundamentación) de las resoluciones jurisdiccionales o no, ya se pronunció en reiteradas sentencias, siendo 3 muestras de ello las siguientes: SSTC Exp. N° 3943-2006-PA/TC, 2006; Exp. N° 00037-2012-PA/TC, 2012 y Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, 2008 (caso Giuliana Llamuja Hilaes). En esta última sentencia el Tribunal Constitucional peruano trató este derecho fundamental como parte del debido proceso y lo clasificó de la siguiente manera: a) la inexistencia de motivación o motivación aparente; b) la falta de motivación interna del razonamiento, c) la deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas; d) la motivación insuficiente; e) la motivación sustancialmente incongruente; y f) las motivaciones cualificadas. El Tribunal Constitucional peruano trató sobre este tema en específico, esto es, el deber de la motivación de la determinación judicial de la pena, en el

En la doctrina (procesal) se trata de errores *in cogitando*. Que son “aquellos vicios del razonamiento derivado de la infracción de los principios y las reglas de la argumentación, relacionados con el defecto o la ausencia de las premisas mayor o menor de la inferencia jurídica” (Castillo et al., 2004, p. 404). Asimismo, según los autores Castillo et al. esta clase de errores son asimilables, en el plano procesal, a los errores *in procedendo*, “por la violación que aquellos producen al principio de la motivación de las resoluciones judiciales y, más ampliamente, al derecho a un debido proceso” (p. 404); y esta clase de errores es lo que determina la nulidad del acto procesal correspondiente (Castillo et al., 2004).

También, se trata de vicios *in iudicando* (denominados también, vicios del juicio del tribunal o infracción en el fondo), pero desde la perspectiva no tanto referido al razonamiento (interno) del órgano jurisdiccional, sino a la interpretación y argumentación plasmada en la resolución judicial (V.gr., sentencia penal condenatoria); y configuran irregularidades o defectos o errores en el juzgamiento, esto es, en la decisión que adopta el órgano jurisdiccional. Esta noción de vicio o error se subclasifica a su vez, en error *in facto* (se da cuando el juez o tribunal ha partido de un supuesto fáctico equivocado o cuando la interpretación de la situación fáctica no sea correcta) y error *in jure* (se da cuando la ley aplicada para la valoración de los hechos o situación ficticia no sea la adecuada por haberse aplicado una ley distinta de la que en realidad debió haber aplicado o porque la interpretación de la ley haya producido un resultado contrario o distinto al

Expediente N° 02546-2012-PHC/TC del 5 de junio de 2014 (fundamento 2), caso Villalobos Sandoval contra el órgano jurisdiccional colegiado del Juzgado Penal de Trujillo y los integrantes (jueces) de la Tercera Sala Penal de Apelaciones de la Corte Superior de Justicia de La Libertad; no obstante que, la demanda constitucional de Hábeas Corpus fue declarada infundada, los votos en minoría (Eto & Mesía) estaban a favor de declarar fundada la mencionada demanda constitucional, por este tema; y esto, de alguna manera, sienta precedente en los pronunciamientos del Tribunal Constitucional Peruano.

querido por la norma, o porque haya dejado de aplicarse una norma que era la genuinamente aplicable).

El primero, se puede cometer, cuando no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos, o se consignen como hechos probados conceptos que, por su carácter jurídico, impliquen la predeterminación del fallo.

El segundo (error *in jure*), el error está en el razonamiento del juez que se materializa en la fase de decisión.

Desde la perspectiva constitucional estos errores o vicios, son afectaciones al contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales. Así, lo precisó el Tribunal Constitucional peruano en sendas sentencias, de la siguiente manera:

En su interpretación sobre el contenido constitucionalmente protegido de este derecho, el Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resultado vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N° 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal Constitucional reconoció las siguientes hipótesis de vulneración (...). (STC, Expediente N° 00037-2012-PA/TC, 2012, fj. 34)

Ahora bien, estos errores o vicios (*in procedendo*) tienen como efecto práctico, la posibilidad de control por el órgano jurisdiccional de instancia, esto es, de ser revisado por un tribunal de instancia superior, sea mediante recurso [de apelación o] de nulidad o de casación, este último según el Código Procesal Penal de 2004.

Los errores o vicios más comunes que se señalan en la doctrina procesal, son los siguientes: la falta o ausencia de motivación y la motivación defectuosa, sea por motivación

aparente, por insuficiente y por defectuosa motivación *strictu sensu*. En la presente tesis se adoptó, por cuestiones que interesan al propósito del mismo, los siguientes errores o defectos de motivación de la sentencia penal condenatoria, pero en el extremo de la determinación judicial de la pena⁽¹⁶⁶⁾:

6.1 Sentencia Condenatoria con Motivación Aparente

La sentencia con motivación aparente o falta de motivación (De La Rúa, 1991) es aquella resolución que se caracteriza por disfrazar o esconder la realidad de cosas que no ocurrieron, pruebas que no se aportaron o formulas vacías de contenido que no se condicen con el proceso y que, finalmente, nada significan por su ambigüedad o vacuidad. (Castillo et al., 2004, p. 406, quienes parafrasean a Ghirardi [1997]).

Castillo et al. (p. 406-407) también señalan que “son casos típicos de esta clase de vicio, las resoluciones que solo se limitan a describir los hechos alegados por las partes, sin analizarlos ni vincularlos con prueba alguna.” Por ejemplo, esto se da cuando se cita como clichés determinados frases: “De conformidad con el artículo 46° del Código Penal.”

En este tipo de resoluciones, el juzgador glosa algunas razones de porqué ha impuesto la pena [en la determinación judicial de la pena, porqué se graduó de tal o cuál manera la pena]. Sin embargo, se trata de una motivación aparente porque, si uno

(166) En este apartado se realizará un razonamiento analógico de los errores o vicios, defectos de motivación, de la sentencia penal (condenatoria) como un todo, al extremo de la determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional; es decir, la misma noción de error o vicio de la sentencia penal, se aplicará, analógicamente, al extremo de la determinación judicial de la pena. Por otro lado, desde una interpretación analógica y comparatista, los errores *in cogitando* se entenderá referido a la motivación de la determinación judicial de la pena.

no se detiene en el análisis formal o superficial de la resolución sino, en el análisis a fondo (sustantivo) de la misma, entonces se descubre que no existe fundamentación alguna, que ampare la decisión del órgano jurisdiccional, esto es, de imponer una pena.(Fernández, [1997], p. 80)⁽¹⁶⁷⁾

Desde la perspectiva constitucional, esta clase de motivación se da cuando:

(...), en el sentido de que no da cuenta de las razones mínimas que sustentan la decisión o de que no responde a las alegaciones de las partes del proceso, o porque solo intenta dar un cumplimiento formal al mandato, amparándose en frases sin ningún sustento fáctico o jurídico. (STC Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, 2008, fj. 7)

Así, se citan las circunstancias de determinación de la pena, pero sin motivarlas o fundamentarlas (V.gr., por la gravedad del delito”, “por las circunstancias como ocurrió el evento criminal”, entre otras).

Algunos autores en la doctrina a esta clase de “motivación”, la sub-clasifican dentro de la motivación defectuosa. Aquí, es preciso señalar, que algunos jueces no motivan y fundamentan las resoluciones que son inimpugnables (V.gr., los autos), en vista de que ven a la motivación de las resoluciones judiciales, como una forma de justificación de su decisión ante el superior jerárquico (Castillo et al., 2004).

(167) Este párrafo está parafraseado del trabajo elaborado por Dorian Talavera Vera, por encargo de la Academia de la Magistratura (AMAG) de Lima, dentro del Programa de Perfeccionamiento y Actualización (PAP) que tiene como tema [el] Razonamiento Judicial. En este trabajo existe un texto del autor Raúl E. Fernández, subtítulo “Los Errores In Cogitando en la Jurisprudencia Cordobesa. Sistematización”, que se ubica, a su vez, en otro trabajo elaborado por Olsen Ghirardi et al., 1993, “La naturaleza del razonamiento judicial (El razonamiento débil)”, Córdoba, Argentina: Alveroni.

6.2 Sentencia Condenatoria con Motivación Insuficiente

La sentencia insuficientemente motivada es aquella resolución donde el órgano jurisdiccional “no respeta el principio de razón suficiente, esto es, cuando de las pruebas en las que basa su conclusión de los hechos no solo se puede deducir aquella, sino también otras conclusiones” (Castillo et al., 2004, p. 408).

Desde la perspectiva constitucional, esta clase de motivación. “Se refiere, básicamente, al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho y de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada.” (STC, Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, 2008)

Así, en el extremo de la determinación de la pena, el órgano jurisdiccional determina y gradúa la pena atendiendo al mínimo (necesario) de criterios de la misma, pero no es lo suficiente o consistente (cualitativamente), según las circunstancias del caso concreto, y consecuentemente impone la pena “todavía adecuado a la culpabilidad” o “ya adecuado a la culpabilidad”, excepcionalmente por debajo de este último, con la finalidad de evitar la no socialización del reo (Roxin, 1981).

6.3 Sentencia Condenatoria con Motivación Incoherente y Falto de Corrección Lógica

La sentencia motivada incoherentemente o falta de corrección lógica, también conocida como motivación defectuosa en sentido estricto, es aquella resolución donde el órgano jurisdiccional vulnera “los principios lógicos o las reglas de la experiencia” (Castillo et al., 2004, p. 409). Así, no se respeta el principio de razón suficiente, en vista de que se vulnera la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos, o los otros principios lógicos (principio del tercero excluido, principio de identidad y el principio de no contradicción), que se refieren más al aspecto formal (del razonamiento racional). (Castillo, 2013b, p. 86)

Desde la perspectiva constitucional, esta clase de motivación se da cuando existe el razonamiento es confuso, es incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en la que se apoya la decisión; y que de las premisas establecidas, se pueden extraer más de una conclusión, que carecen de un sustento lógico y jurídico (STC, Expediente N° 00728-2008-PHC/TC, 2008).

En el extremo de la determinación de la pena se da, cuando el órgano jurisdiccional realiza razonamientos en contrario de los criterios legales adoptados; no obstante que, existen otros criterios derivables del caso concreto; sin embargo, como consecuencia de ello termina, generalmente, incrementando la pena a imponer; o, cuando existe un razonamiento confuso, producto de la inobservancia de determinados criterios lógicos y de argumentos razonables (coherentes y consistentes), y que en algunas ocasiones motiva criterios de la misma naturaleza repetidas veces.

6.4 Sentencia Condenatoria con Motivación Adecuada

La sentencia penal condenatoria motivada adecuadamente o razonablemente motivada, según el tema que interesa aquí, es aquella resolución que requiere de una especial explicación o justificación racional de la decisión jurisdiccional del caso concreto, así como del objeto en donde recaerá la medida adoptarse como, en este caso, es la libertad personal del reo, que con la pena se la afectará. Es necesario precisar, que el órgano jurisdiccional, en aquí, observa los principios o reglas de la Lógica, las máximas de la experiencia o de la ciencia.

En el extremo de la determinación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional en el procedimiento de determinación de la pena no solo debe remitirse al texto de la ley (al artículo 46° del Código Penal, por ejemplo), sino también es indispensable explicitar

cómo han sido manejados u operativizados, los criterios adoptados; es decir, debe detallar qué aspectos particularizados se han tomado en cuenta y qué peso se les ha atribuido, claro, todo, en base a argumentos fácticos o empíricos y jurídicos coherentes y suficientes (cualitativamente).

No obstante, de lo señalado en el párrafo precedente, no es óbice afirmar que según el Tribunal Constitucional peruano, el órgano jurisdiccional debe expresar, en caso de sentencias privativas de libertad, los criterios objetivos de los que se valió para imponer un determinado quantum de pena al procesado y no otra, pues de lo contrario, el actuar del órgano jurisdiccional, en la determinación judicial de la pena, sería arbitrario y no sería compatible con un Estado Constitucional y democrático de Derecho. Es decir, el órgano jurisdiccional tiene que esforzarse en motivar la determinación judicial de la pena, pues esta no está sujeta al mero arbitrio judicial. (Véase STC Exp. N° 02546-2012-PHC/TC, 2014, votos dirimientes en minoría)

CAPÍTULO III: LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Aspectos Generales

La determinación de la pena por el órgano jurisdiccional es la última fase o etapa dentro de la determinación de la responsabilidad jurídico-penal de un determinado imputado, por la comisión de un determinado delito, en general de un hecho punible.⁽¹⁶⁸⁾ En la determinación de la pena el órgano jurisdiccional observa, dentro de su discrecionalidad parametrada, las normas jurídicas de determinación de la pena, regulados por la ley penal general (*V.gr.*, Código Penal de 1991) y especial, y en situaciones “especiales” (casos) deberá recurrir a los principios y valores consagrados en el sistema jurídico constitucional, esto es, debe ir más allá de la ley penal, con la finalidad que la pena sea proporcional y razonable a la culpabilidad o al grado de injusto penal del procesado, pero observando (siempre) lo que implica el respeto al principio de legalidad.

En el proceso penal peruano la determinación judicial de la pena no fue del todo óptimo, se carecía y se carece de instrumentos jurídicos que orienten la actividad del

(168) El órgano jurisdiccional además de determinar la pena en el caso concreto determinará, la reparación civil, las consecuencias accesorias, entre otras consecuencias jurídicas. En este capítulo se trata de la realidad del proceso penal peruano a partir del 2010 y 2011 en adelante, para ello se realiza un estudio jurídico doctrinario de la determinación o graduación judicial de la pena, centrándose en las etapas (fases) del proceso de determinación de la pena, asimismo, de los principios jurídicos penales (desde la perspectiva del positivismo como teoría del Derecho) y la dogmática respecto de la determinación judicial de la pena, a través de la jurisprudencia penal más importante.

órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto, de criterios claros y suficientes (de un Derecho Penal funcionalista de acto) que coadyuven a una adecuada determinación de la pena; asimismo, de instrumental idóneo que sirviera a la operacionalización de los criterios de determinación judicial de la pena establecidos en la ley penal. Por otro lado, la determinación o graduación judicial de la pena en el proceso penal peruano, obedece más al objeto (razón de la existencia) de la ley penal, esto es, al fin preventivo de delitos y faltas como medio protector de la persona humana y de la sociedad (véase el artículo I del mencionado Código) mas que a fines propios de la pena, como el fin preventivo, protector y resocializador del condenado (véase el artículo IX del Código Penal), tal como sucede en la doctrina jurisprudencial extranjera (*V.gr.*, Alemania). No obstante, ello no significa necesariamente que la pena impuesta a un determinado procesado, sea manifiestamente arbitraria (sea por exceso o defecto), sino que no obedece a criterios propios de un Estado Constitucional de Derecho Democrático, donde la pena se gradúa teniendo como tónica o premisa a los fines de la pena, que protege no solo a los bienes jurídicos vulnerados (de la víctima), sino paradójicamente, la libertad y otros derechos fundamentales de los ciudadanos (prevención general positiva).

Se tiene una normatividad un tanto dispersa, asistemática, y de distintos rasgos con vigencia paralela, que podría generar consecuencias negativas. Se tiene la Ley N° 30077-Ley contra el Crimen Organizado del 20 de agosto de 2013, que prevé determinadas circunstancias agravantes (especiales) relacionadas al injusto penal de los delitos previstos en dicha Ley y un Código Penal (Parte Especial) de 1991, que también prevé las mismas circunstancias agravantes (*V.gr.*, el artículo 22 numeral 1 literal c) de la Ley N° 30077 y el artículo 297° numeral 1 del Código Penal), entre otras leyes especiales; asimismo, se tiene vigente (aún en Lima y otros Distritos Judiciales) un Código de Procedimientos Penales (modificado) de 1940 con rasgos predominantemente inquisitivos, un Código

Procesal Penal de 1991 (algunos artículos vigentes) con rasgos mixtos (inquisitivo-acusatorio) y un Código Procesal Penal de 2004 (vigente en la mayoría de Distritos Judiciales), con rasgo acusatorio-adversarial; es decir, se tiene normas procesales o procedimentales vigentes de diferentes modelos procesales, que ha traído –y trae– consecuencias que son no del todo aceptables.

La dogmática respecto a la jurisprudencia penal en materia de determinación o graduación judicial de la pena, se observa que uno de los problemas es la indeterminación de las circunstancias agravantes y las circunstancias atenuantes; evidencia que se logra extraer del Código Penal, en vista de que este *corpus iuris penale* solo se limita, en la normatividad relativa a la determinación de la pena, a enumerar algunos de los posibles factores a tener en cuenta al fijar la pena, sin pretender otorgarlos, y sin pretender de antemano si ellos configuran atenuantes o agravantes, y en qué medida agravan o atenúan la pena. El órgano jurisdiccional no recibe ninguna directiva explícita⁽¹⁶⁹⁾ que lo guíe a cómo deben ser valorados esos factores.

2. Proceso de Determinación Judicial de la Pena

La determinación judicial de la pena es el camino *–iter–* que debe seguir el juez a cargo de la determinación judicial de la pena, hasta la determinación de la consecuencia

(169) No obstante, de los plenos jurisdiccionales (acuerdos plenarios) y circular del Poder Judicial (Corte Suprema de Justicia de la República) como, por ejemplo, la Circular Relativa a la Correcta Determinación Judicial de la Pena emitida mediante Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ, de 1 de setiembre de 2011, se ha tratado de esclarecer los criterios de determinación de la pena; sin embargo, dicha indeterminación se mantiene hasta ahora; tal es así que, el 19 de agosto de 2013 el legislador peruano aprobó la Ley N° 30076, Ley que modifica el Código Penal y otros códigos; siendo dos artículos modificados del mencionado Código punitivo el 45° y 46°.

jurídico-penal definitivo (p. ej., 12 años de pena privativa de libertad). Este proceso complejo se da a través de 3 etapas secuenciales, después de la verificación de la tipicidad de la conducta imputada, de la destrucción de la presunción de inocencia de la persona imputada, luego de una actividad probatoria, y de haberse hallado culpable o responsable a la persona imputada, corresponde imponerle la consecuencia jurídica correspondiente, siendo una de esta la pena (privativa de libertad), esto, es, la determinación judicial de la pena, que se da –recalcando– en tres etapas o fases. La primera es la identificación de la pena básica, que consiste (básicamente) en la verificación del mínimo y máximo de la pena (conminada) aplicable al delito, la pena básica mínima y máxima es definida por el legislador en la ley penal (en la Parte Especial del Código Penal), pero no siempre es así, algunas veces el órgano jurisdiccional tiene que definir la pena básica, recurriendo al artículo 29° del Código Penal (clases de penas). La segunda etapa, es la individualización de la pena concreta por parte del órgano jurisdiccional, entre el mínimo y el máximo de la pena básica fijado por el legislador, que es la que aparecerá en la sentencia penal condenatoria, evaluará, para ello, los criterios y circunstancias (objetivos y subjetivos) como las contenidas en los artículos 46°, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E del Código Penal de 1991 y las (circunstancias y criterios) presentes en el caso penal concreto, así como, las normas de naturaleza política-ideológica, como los del artículo 45°, entre otros del Código Penal, que operativizan, no de manera suficiente, las circunstancias presentes en el caso penal, y en general las circunstancias y criterios ordenamiento jurídico-penal en su conjunto. Y la tercera y última etapa, consiste, principalmente, en la verificación e instrumentalización de las circunstancias modificativas de responsabilidad penal que concurren en el caso penal en concreto; es decir, el órgano jurisdiccional recurrirá complementariamente, además de las circunstancias establecidas en los artículos 45° y 46° y las circunstancias específicas, a las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, como la reincidencia del artículo 46-B del Código Penal vigente o la tentativa del

artículo 16° del mencionado Código, entre otras circunstancias.^{(170).(171)}

En la jurisprudencia penal peruana se concibe al proceso de determinación judicial de la pena, parecida a la definición esquemática (didáctica) antes precisada, solo que existen 2 etapas secuenciales y son las siguientes:

En la primera etapa, el Juez debe determinar la pena básica. Esto es, verificar el mínimo y máximo de pena conminada aplicable al delito. Aquí es importante advertir que existen delitos en los que el mínimo o el máximo de pena no aparecen definidos en la sanción del delito en particular, razón por la cual la pena básica deberá configurarse tomando en cuenta los límites generales previstos en el Libro Primero del Código Penal. Por ejemplo, en el artículo 108° se reprime el delito de asesinato consignando sólo [*sic*] el extremo mínimo de la pena que se señala en quince años. Para conocer el extremo máximo se deberá recurrir al artículo 29° que

(170) Así, en la doctrina (penal) extranjera diversos autores han tratado de proponer diversos esquemas *lato sensu* que expliquen el proceso de determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional, siendo uno de ellos, el esquema propuesto por Patricia Ziffer (1996, p. 93 et seq.).

(171) Otros esquemas *lato sensu* son, por ejemplo, Bruns afirmó en su momento que la determinación de la pena se llevaba a cabo en 5 etapas secuenciales; esto es, el ajuste a los fines de la pena; averiguación de los factores de hecho relevantes; determinación de la dirección valorativa de los factores reales; ponderación de las circunstancias de la individualización de la pena entre sí; y clasificación del caso en la escala de penas del marco penal previo. Y en la doctrina peruana es la propuesta por el autor Víctor Prado, quien ha influido bastante en la legislación y jurisprudencia peruana; para este autor, la determinación de la pena se lleva a cabo, principalmente en 2 etapas secuenciales, pero en tres momentos, esto es, identificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta; a modo de complemento a las anteriores (etapas), es la verificación de la presencia de circunstancias (modificativas de responsabilidad penal) que concurren en el caso penal (*V.gr.*, la concurrencia de la eximente incompleta del artículo 21° del Código Penal). Esta última posición del autor precitado no se condice con la posición (interpretación) del autor Dino Caro, en el sentido de que afirma que existen 3 etapas. (Caro, (s.f.), “Aproximación a la dogmática de la individualización judicial de la pena”, párrs. 13 y 14).

contempla el límite genérico de las penas privativas de libertad temporales treinta y cinco años.

En la segunda etapa, el Juzgador debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de pena básica, evaluando, para ello, diferentes circunstancias como las contenidas en los artículo 46°, 46° A, 46° B y 46° C del Código Penal y que estén presentes en el caso penal.⁽¹⁷²⁾ (Corte Suprema de Justicia de la República, IV Pleno Jurisdiccional, N° 1-2008/JC-116, [M. Ponente Víctor Prado; julio 18 de 2008], fj. 7)

De lo antes expuesto, se considera que el proceso de determinación judicial de la pena es complejo y que se realiza en base a 3 etapas secuenciales, siendo la primera etapa, la identificación o verificación de la pena básica (extremo mínimo y extremo máximo) aplicable al delito, esto es, la fijada en la ley (en el respectivo delito del Código Penal). En algunos supuestos (de la norma penal que regula un determinado tipo penal) el legislador (penal) no definió expresamente uno de los extremos de la pena conminada y el órgano jurisdiccional tiene que integrar la norma jurídico-penal y definir la pena básica, recurriendo al artículo 29° del Código Penal, para obtener el otro extremo de la pena aplicable.⁽¹⁷³⁾

La segunda etapa, consiste en “identificar la pena concreta dentro del espacio y límite prefijados por la pena básica en la etapa precedente. Se realiza en función a la presencia

(172) Ahora existen los artículos 46-D [instrumentalización de menores de edad y de incapaces] y 46-E [abuso de parentesco], en ambos artículos se establecen agravantes cualificadas, que fueron incorporados al Código Penal vigente, mediante Ley N° 30030 y Ley N° 30364 del 4 de junio de 2013 y 23 de noviembre de 2015, respectivamente.

(173) Por ejemplo, en el artículo 108° (delito de asesinato), el legislador no señaló el extremo máximo de la pena conminada, en este caso el órgano jurisdiccional, con la finalidad de determinar la pena básica el órgano jurisdiccional deberá recurrir al artículo 29° de la Parte General del mencionado Código (señala el límite máximo genérico de la pena privativa de libertad temporal, siendo el mismo, 35 años); para así graduar o determinar la pena concreta.

de circunstancias legalmente relevantes y que están presentes en el caso concreto.” (Sala Penal Especial, Exp. N° A.V. 19-2001, 2009, Parte III Capítulo III, fj. 751)⁽¹⁷⁴⁾; es decir, el órgano jurisdiccional debe individualizar la pena concreta, entre el mínimo y el máximo de la pena básica fijado por el legislador, que es la que aparecerá en la sentencia penal condenatoria, evaluará, para ello, diferentes circunstancias (objetivas y subjetivas) como las contenidas en los artículos 46°, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E del Código Penal y que estén presentes en el caso penal, así como, las del ordenamiento jurídico-penal en su conjunto (p. ej., la confesión sincera del art. 136° del Código de Procedimientos Penales); y, claro, también tomará en cuenta las normas (de naturaleza política-ideológica) que operativizan no de manera suficiente,⁽¹⁷⁵⁾ las circunstancias y criterios, como las del artículo 45°, entre otros del mencionado Código punitivo.⁽¹⁷⁶⁾

Y de conformidad con la posición personal del investigador, la tercera y última etapa, es la aplicación y verificación de otras circunstancias (modificativas de la responsabilidad criminal) que concurren, e inciden en la determinación judicial de la pena, en el caso concreto (p. ej., el artículo 16° (tentativa) del Código Penal); claro, además de las circunstancias genéricas (p. ej., las reguladas en el artículo 46° del Código Penal) y específicas, para obtener una pena concreta (final),

(174) Resulta importante aclarar, que no se está de acuerdo con la afirmado por la Sala Penal Especial de la Corte Suprema de Justicia, respecto al extremo referido al proceso de determinación judicial de la pena, y señalan (los magistrados integrantes de dicha Sala), que según la doctrina y legislación existen solo 2 etapas en este proceso de determinación judicial de la pena (Sala Penal Especial, Exp. N° A.V. 19-2001, 2009, Parte III Capítulo III, fj. 750). Pues existen 3 etapas secuenciales.

(175) Estas normas inadecuadamente regulados en el Código Penal vigente, en realidad hacen inoperativa funcionalmente al esquema (*strictu sensu*) de determinación judicial de la pena, regulado en el mencionado Código e incluso *ex post* de la modificatoria introducida, mediante Ley 30076 del 19 de agosto de 2013. (Véase el capítulo V de la presente tesis)

(176) Otro artículo, recientemente incorporado, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal vigente, es el 45-A, donde se establecen reglas (*lato sensu*) para la operativización (funcionalmente) de las circunstancias presentes en el caso concreto.

graduada por el órgano jurisdiccional.⁽¹⁷⁷⁾

3. Principales Principios que Intervienen en la Determinación Judicial de la Pena

El proceso de determinación o graduación de la pena llevado a cabo por el órgano jurisdiccional, implica instrumentalizar todo el sistema jurídico-penal, siendo uno ellos, acaso el más trascendental, los principios del Derecho Penal en la determinación judicial de la pena,⁽¹⁷⁸⁾ con la finalidad de determinarse la pena en el caso concreto, claro está, dentro del marco penal fijado por el legislador (penal) peruano.

En este apartado se va a explicar, con cierto detalle, los principales principios que intervienen –o deberían intervenir– en la determinación judicial de la pena, porque se hacen más manifiesta en este proceso; y de dar un contenido constitucional a algunos de estos principios –sin perjuicio de equivocarse– se le denominaría, los “principios del Derecho Penal constitucional”, ello se justifica en el desarrollo del Derecho positivo

(177) Resulta *conditio sine qua non* aclarar que en este punto (apartado) de este capítulo se explicó el proceso de determinación judicial de la pena, distinguiéndola de la determinación (legal) de la pena, de manera esquemática, esto es, que se realiza en 2 etapas principalmente que son secuenciales, así se observa en la jurisprudencia penal y en la doctrina del autor Víctor Prado, lo que sucede es que la segunda etapa (*supra*) se desdobra en una subetapa y se le considera como una tercera etapa, donde se da la individualización de la pena tomando en consideración las circunstancias modificativas de responsabilidad penal; es decir, el órgano jurisdiccional recurrirá complementariamente, además de las circunstancias (genéricas) establecidas, principalmente, en los artículos 45° y 46°, a las circunstancias modificativas de responsabilidad penal, tales como las circunstancias agravantes cualificadas (artículos 46-A, 46-B, 46-C, entre otras del CP) y las circunstancias atenuantes privilegiadas, tales como si el delito se realizó bajo un error de prohibición vencible (artículo 14°, *in fine*) o el delito se quedó en grado de tentativa (grado de ejecución del delito), entre otras circunstancias (Prado, 2001, p. 9). Finalmente se consideró que existen, desde una perspectiva teórica, en realidad 3 etapas secuenciales claramente bien definidas.

(178) No es de recibo denominarlo “principios de la teoría general de la determinación judicial de la pena”, toda vez que no existe (aún) una teoría (dogmática) lo suficientemente sólida al respecto.

(Derecho Penal integrado) y al cambio de paradigma de Estado de Derecho, entendida esta como el imperio de la ley positiva, a un Estado de Derecho (o Estado Constitucional de Derecho) donde impera no solo la ley (regla) sino, y sobre todo, los principios constitucionales (principio *strictu sensu*).⁽¹⁷⁹⁾ Por otro lado, si no se ha tratado algún otro principio no es porque el órgano jurisdiccional no lo instrumentalice o no utilice funcionalmente, en el caso concreto, sino es por cuestiones didácticas.⁽¹⁸⁰⁾

3.1 Principio de Legalidad

El principio de legalidad es esencialmente una concreción de diversos aspectos en el Estado de Derecho en el ámbito del derecho

(179) De ahí, que se hable en la actualidad de la constitucionalización del Derecho Penal, que está en la capacidad de dar respuestas a las nuevas realidades (V.gr., la cibercriminalidad internacional).

(180) Desde la perspectiva funcionalista teleológico político-criminal del Derecho Penal, el grado de funcionalidad de los principios a tratar depende(rá) de los fines que asume la pena en el caso concreto; pero, por otro lado, de la forma de regulación de las pautas, criterios o circunstancias de determinación judicial de la pena, y la noción de culpabilidad que se asuma. Para entenderlo mejor, señalo un ejemplo académico; en un caso “x”, el fin predominante de la pena será el preventivo especial (positivo) frente a la prevención general (positiva) y la retribución absoluta y los principios predominantes serán, el principio de humanidad de las penas, el principio de necesidad de la pena frente al principio de igualdad; en otros casos, como el del reincidente –por ejemplo–, el fin predominante de la pena será el preventivo especial (negativo) frente al preventivo general (negativo) y los principios predominantes serán el principio culpabilidad, el principio de igualdad frente al principio de humanidad de las penas. Por otro lado, la noción de culpabilidad en este último supuesto será a aquella que es propia de un Derecho Penal funcionalista racionalizado, que considera como criterio predominante, la peligrosidad del delincuente en la determinación judicial de la pena.

estatal sancionador.⁽¹⁸¹⁾ En este sentido se vincula, ante todo con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos,⁽¹⁸²⁾ pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad.

El principio de legalidad representa la garantía penal más importante en el desarrollo del Derecho Penal contemporáneo al permitir que todo ciudadano conozca con la debida anticipación y precisión qué conductas están prohibidas y se encuentran amenazadas con la imposición de una sanción y qué comportamientos son lícitos.⁽¹⁸³⁾ Este principio se expresa en el siguiente latinismo: “*nullum crimen, nullum poena, sine lege.*”⁽¹⁸⁴⁾

(181) Los principios jurídico-penales tienen por objeto el establecimiento de límites al empleo de la potestad punitiva, protegiendo al ciudadano –y a la sociedad, en general– de una intervención arbitraria y excesiva del Estado.

(182) A propósito sobre la concepción de bien jurídico, el autor Claus Roxin (2013) señala que, en mi tratado [de Derecho Penal] señale:

La misión del Derecho penal está en asegurar a sus ciudadanos una convivencia libre y pacífica, garantizando todos los derechos establecidos jurídico-constitucionalmente. Si esta misión es denominada, a modo de síntesis, protección de bienes jurídicos, por bienes jurídicos han de entenderse todas las circunstancias y finalidades que son necesarias para el libre desarrollo del individuo, la realización de sus derechos fundamentales y el funcionamiento de un sistema estatal edificado sobre esa finalidad. (p. 310)

(183) Como se conoce el principio de legalidad es una hija de la ilustración, es en el Derecho Penal que adquiere mayor notoriedad y relevancia; asimismo, es común a todo el ordenamiento jurídico, esto es, rige en el derecho administrativo, derecho civil, entre otras disciplinas del Derecho.

(184) Como es conocido por todos, el principio de legalidad fue elaborado por Paul Johann Anselm Von Feuerbach, y se expresa en el siguiente aforismo latino: “*nullum crimen sine lege, nullum poena sine lege*” (no hay crimen sin ley; no hay pena sin ley; y no hay crimen sin pena). Asimismo, exige en el derecho estatal sancionador, 4 presupuestos: la ley es la única fuente del Derecho Penal (*lex scripta*), la prohibición de aplicación analógica de la ley penal (*lex stricta*), la ley penal es anterior al hecho sancionado o no retroactividad de la ley penal (*lex praevia*), y que la ley penal describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*). (Véase Bacigalupo, 2007, pp. 16-21)

El principio de legalidad penal significa que solamente por ley (previa), expedida por el Poder Legislativo, se crean delitos y faltas, así como, las penas y medidas de seguridad, y no por cualquier ley sino, de determinada jerarquía y nivel (V.gr., ley ordinaria de determinado rango o un decreto legislativo). Este principio se sintetiza a los demás principios informadores del Derecho Penal, como el principio de intervención mínima, el principio de proporcionalidad, entre otros principios, que luego se desarrollará en la medida que incida en la determinación judicial de la pena.

El principio de legalidad no es sólo [Sic] una necesidad para garantizar la seguridad jurídica que permite la posibilidad del conocimiento previo de los delitos y de las penas [Santiago Mir, 1985]. Del principio de legalidad nacen una serie de garantías: la garantía criminal, la garantía penal, la garantía jurisdiccional, la garantía de ejecución, que permiten realizar el anhelo que expresa Roxin [1997] en su obra: proteger al individuo, también del derecho penal; se objetiviza en todas las exigencias que se consagran para evitar abusos en la aplicación del derecho penal. (Buitrago, 2003, pp. 369-370)

Detallando más aún lo que significa el principio de legalidad, en el ámbito del Derecho Penal, este principio se expresa material y garantistamente, en las siguientes consecuencias (prácticas) derivadas directamente:

- a). La prohibición de retroactividad de la ley penal, esto quiere decir que la ley penal solo rige para hechos futuros y es aplicable desde el momento de su aplicación hacia adelante (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*), salvo que favorezca al reo.
- b). La prohibición de la analogía el mismo significa que, el órgano jurisdiccional no puede crear Derecho [delitos y penas] más allá del sentido literal posible de la norma en base a una simple relación de semejanza entre un caso y otro, aun cuando

tenga igualdad valorativa y posea idéntico merecimiento de pena; asimismo, no podrá crear criterios de determinación de la pena fuera de lo señalado en la ley (pese a que sean enunciativos estos) o del que pudiera extraerse del conjunto del ordenamiento jurídico de la determinación de la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*).

c). La prohibición del derecho consuetudinario, esto quiere decir que ninguna costumbre o uso social puede legitimar la creación de delitos o la elevación, o mayor drasticidad, de las penas y medidas de seguridad, ya que es propia de la ley; lo cual no significa que la costumbre sirva como pauta u orientación al órgano jurisdiccional en la determinación de la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*).

d). La prohibición de indeterminación de la ley penal, el cual prescribe que el comportamiento prohibido debe encontrarse descrito con claridad y precisión en la ley penal, evitando, en la medida de lo posible, un lenguaje ambiguo u oscuro que dificulte la comprensión del injusto y sus límites por parte de los ciudadanos y el propio órgano jurisdiccional (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*).⁽¹⁸⁵⁾

(185) Adicionalmente resulta apropiado mencionar aquí, que el principio de legalidad tiene sus ventajas respecto de otros sistemas jurídicos no codificados, como el *Common Law* angloamericano; ventajas como la seguridad jurídica, permite al ciudadano tener la expectativa fundada razonablemente respecto de cuál ha de ser la actuación del poder (penal) en la aplicación del Derecho; la confianza de los ciudadanos de determinada sociedad en el Derecho, ya que el ciudadano y todos los integrantes de la sociedad, conocerá qué comportamiento es lícito o ilícito, y en base a esto orientará su comportamiento (presente y futuro) en la interrelación con los demás; e igualdad de trato de las personas ante el órgano jurisdiccional, en vista de que toda persona que se somete a la ley conoce —o debe conocer— que otro en su lugar será juzgado con igual benignidad o dureza, según sea el caso.

El principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del juez a la ley penal, prohibiendo todo margen de arbitrio o de discrecionalidad (absoluta) en su aplicación, así como una interpretación analógica de la misma; y por otro, la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal (taxatividad), cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente.

En el ordenamiento jurídico peruano, el principio de legalidad se encuentra consagrado en el Artículo II del Título Preliminar del Código Penal vigente, sobre todo, debido a su gran relevancia y expresión garantista, en los articulados de la Constitución Política de 1993, principalmente en el artículo 2º, inciso 24 literal d) constituye una garantía, por una parte, la seguridad jurídica de quienes, como consecuencia de la comisión de un hecho punible, no podrán ser condenados o sancionados sino, en virtud de la ley (penal) que haya tipificado los actos que se les imputan, antes de su producción, como delitos o faltas; y de otro, que nadie podrá ser condenado sino, por acción u omisión; es decir, por hecho visible y concreto, no por un pensamiento, un deseo o una tendencia.

El principio de legalidad en el ámbito de la determinación judicial de la pena (graduación de la pena) deberá entenderse, que el órgano jurisdiccional deberá determinar o graduar la pena en base a las normas previstas en el sistema de determinación de la pena vigente y no fuera de este; es decir, en base a criterios y circunstancias (genéricas, específicas o cualificadas) como, por ejemplo, los criterios establecidos en el artículo 46º del Código Penal (uno que otro criterio se refieren al grado de injusto o la culpabilidad por el acto cometido, según sea el caso), claro está, con orientación interpretativa de los principios y valores propios de un Derecho Penal funcionalista y que la Constitución Política, y el Estado Constitucional que se adoptó,

lo permitan. De manera que, este principio cumple un rol fundamental en la determinación judicial de la pena, proporcionando no solo seguridad jurídica sino, certeza al órgano jurisdiccional (Velásquez, 2009a), además del justiciable y a cualquier ciudadano interesado en la administración e impartición de justicia.⁽¹⁸⁶⁾

3.2 Principio de Lesividad

El principio de lesividad o de ofensividad implica que el Estado solo intervendrá a través del Derecho Penal, imponiéndole una pena (o medida de seguridad), a la persona que ha atacado, mediante un comportamiento comisivo u omisivo, ha determinados bienes jurídicos considerados vitales para la libre convivencia de las personas en una determinada sociedad. Evidenciándose de esta manera, el límite al

(186) A propósito aquí es necesario aclarar, que la utilización de conceptos jurídicos indeterminados o ambiguos por parte del legislador; por ejemplo en el artículo 46° del Código Penal se señala, la “gravedad del hecho punible cometido”, “la naturaleza de la acción”, “las condiciones personales del agente”, entre otros; no vulneran el principio de legalidad, en su expresión de *lex certa*, muy relacionado al principio de seguridad jurídica e igualdad. Así, el Tribunal Constitucional peruano señala en la Sentencia constitucional de 3 de enero de 2003, siguiendo el pronunciamiento del Tribunal Constitucional español, estableciendo los alcances y límites del principio de legalidad penal, que ello no es un obstáculo para que el legislador utilice, no en forma desmedida, “conceptos jurídicos indeterminados” al hacer política-criminal (regulando comportamientos a través de normas jurídico-penales), siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de principios lógicos, técnicos o de experiencia y permita prever, por consiguiente con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada; dado que los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas. (Véase STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003, ffjj. 44-52; Climent, 1994, p. 821)

poder punitivo del Estado (ius puniendi).⁽¹⁸⁷⁾ Ello significa que el legislador (penal) no puede criminalizar (tipificar), en la ley penal, cualesquiera conductas, sino solo aquellas que lesionen o pongan en peligro a algún bien jurídico (penal). No está demás precisar que la función y misión principal del Derecho Penal funcionalista (moderado) es la protección (preventiva) de bienes jurídico-penales que son fundamentales,⁽¹⁸⁸⁾ y precisamente la pena se orienta “a la conservación de estos bienes” (Hugo, 2006, p. 293).⁽¹⁸⁹⁾

Por el principio de lesividad, todo delito –y también las faltas como hecho punible–, implica(n), necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no se puede imaginar un delito que no genere tal. Pero ello no significa que ante toda lesión o puesta en peligro de algún bien jurídico, intervenga el Derecho Penal. La comisión del delito conlleva, necesariamente, la exteriorización y materialidad de un hecho; ya que, se ha lesionado o puesto en peligro algún bien jurídico protegido (Cobo & Vives, 1999).⁽¹⁹⁰⁾

El principio de lesividad (art. IV. TP del CP) es uno de los más importantes

(187) A propósito conviene señalar, en forma de complemento, que para el autor Bernard Schünemann (2007) el bien jurídico protegido, como categoría tiene una importancia trascendental en la interpretación de los tipos penales, además de ser un límite para el Derecho Penal en un Estado democrático, así como es un “punto de confluencia” para los principios básicos del Derecho Penal (pp. 21-24).

(188) Resulta conveniente señalar, que la finalidad del Derecho Penal, según el autor Claus Roxin (2007) es la de “procurar a los ciudadanos una existencia pacífica, libre y socialmente segura, en la medida en que tales objetivos no puedan conseguirse mediante otras medidas socio-políticas menos intrusivas en la esfera de libertad de los ciudadanos.” (p. 446)

(189) Según Raúl Peña (1997, p. 50), parafraseando a Cobo y Vives (1991), señala que el principio de ofensividad no se despliega en forma arbitraria, su acondicionamiento está limitado con el principio de legalidad.

(190) Según Manuel Cobo y Tomás Vives (1999), con ello “*se pretende diferenciar así el delito de las simples actitudes interiores, de un lado y, de otro, de los hechos externos no lesivos de bien alguno.*” (p. 316)

garantías del Derecho Penal liberal moderno, pues asegura el cumplimiento del principio de legalidad y otras garantías fundamentales que consagran la Constitución Política del Estado y los tratados de derechos humanos vigentes, suscritos por el Estado peruano (Hugo, 2006, p. 296).

En conclusión, el principio de lesividad jurídico-penal implica, necesariamente, que para la imposición de una determinada pena, exista una lesión o puesta en peligro efectiva de bienes jurídicos tutelados por la ley penal.

En el ámbito de la determinación judicial de la pena, este principio implica que, sus exigencias ya no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que, además, la gravedad de la pena debe ser proporcional a la del delito cometido, ello a su vez, implica el reconocimiento que la gravedad de esta debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprimen, evidenciándose de esta manera, la gran trascendencia de la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico por parte del órgano jurisdiccional. (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R. N. N° 1042-2003, 2003)

3.3 Principio de Necesidad

El principio de necesidad (o mínima necesidad) implica que el Estado intervendrá a través del Derecho Penal, al autor del hecho punible con la finalidad de aplicarle una determinada pena (o medida de seguridad), solo cuando sea necesaria. Así, el órgano jurisdiccional aplicará una pena a una acción (comisiva u omisiva) típicamente

antijurídica, con criterios de prevención (general y/o especial),⁽¹⁹¹⁾ solo cuando resulta estrictamente necesaria, toda vez que no existe otro medio de tutela de bienes jurídicos fundamentales.

En la doctrina se señala, que de este principio se deriva los principios de intervención mínima, fragmentariedad y subsidiariedad del Derecho Penal, dando entender de esta manera, la gravedad de su intervención. Asimismo, desde la perspectiva del Derecho (Procesal) Constitucional este principio está contenido en el principio de proporcionalidad en sentido amplio (subprincipio de necesidad), así lo precisaron Juan Bustos y Hernán Hormazábal (1994, p. 125) que, “el principio de necesidad de la pena conlleva el de su proporcionalidad”, en el sentido de que debe medirse en relación con los principios del Estado de derecho, el valor de la justicia, la dignidad de la persona humana y el principio de culpabilidad; y que en el caso concreto esta se expresa, en que se debe tomar en consideración el grado o la intensidad de la lesión del bien jurídico protegido lo cual puede llevar incluso hasta la impunidad cuando la lesión no merece la intervención del Derecho Penal, mediante una pena, por ejemplo, precisamente por su escasa significación social. (Bustos & Hormazábal, 1994).

El principio de necesidad constituye un límite importante al mismo tiempo evitar tendencias autoritarias y ubicar al Derecho Penal en su verdadera posición dentro del ordenamiento jurídico. Las leyes penales en un Estado Social y Democrático de Derecho solo se justifican en la medida que sea necesaria (la sanción penal), para tutelar (preventivamente) bienes jurídicos fundamentales; no obstante, de que merezca

(191) Importa aclarar aquí, que la pena a imponerse al procesado no se realice bajo criterios no exclusivamente preventivos, sino además de otros criterios que estén acordes al Estado Constitucional adoptado y a la realidad peruana.

(el hecho) una sanción jurídico-penal (*V.gr.*, una pena).⁽¹⁹²⁾

En la determinación judicial de la pena, esto es, en la graduación de la pena, el principio de necesidad (de la pena) significa que, por un lado, la interpretación restrictiva de las normas jurídico-penales relacionadas a la determinación judicial de la pena (p. ej., los criterios y circunstancias concurrentes en el caso concreto) y, por otro lado, la necesaria concurrencia de criterios y circunstancias establecidos, principalmente, en los artículos 45° y 46° de la Parte General del Código Penal (p. ej., la extensión del daño o del peligro causados, entre otros criterios del art. 46° del CP), conjuntamente con elementos o factores (objetivos y subjetivos) configuradores del tipo penal respectivo y de los elementos del injusto y/o de la culpabilidad, y en ciertos casos, de aquellas circunstancias especiales o cualificantes establecidos en el Parte Especial del Código Penal (p. ej., para facilitar u ocultar otro delito en el delito, regulado en el inciso 2) del art. 108° CP), con la finalidad que el órgano jurisdiccional las valore y razone. Claro, teniendo como tópico aquellos criterios y circunstancias que coadyuvan a una finalidad de la pena, propio de un Estado de Derecho como el Estado Social y Democrático de Derecho, donde predomina el fin preventivo de la pena, con ciertas consideraciones establecidas en la ley penal.⁽¹⁹³⁾

(192) Así para Tribunal Constitucional peruano, el principio de necesidad implica que “el sistema penal debe representar el medio o recurso más gravoso para limitar o restringir el derecho a la libertad de las personas, y que por tanto, debe reservarse para las violaciones más intolerables (...)” (STC, Expediente 0012-2006-PI/TC, 2006, fj. 32)

(193) Con la necesidad de la graduación de la pena se busca, asimismo, la funcionalidad del Derecho Penal, cumplimiento de su misión, protección de bienes jurídicos (fundamentales), y del Derecho de Ejecución Penal, reinsertación del penado en la sociedad (rehabilitación, reeducación y reincorporación).

3.4 Principio de Protección de Bienes Jurídicos

El principio de protección de bienes jurídicos implica que el Estado a través del Derecho Penal,⁽¹⁹⁴⁾ concretamente con la ley penal deberá proteger y tutelar aquellos bienes jurídicos considerados fundamentales, porque son esenciales o vitales para la convivencia o interrelación, en libertad, de las personas dentro de la sociedad. Esto significa, que el Estado solo intervendrá a aquellos comportamientos (comisivos u omisivos) que lesionen o pongan en peligro bienes jurídicos esenciales (bienes jurídicos-penales)⁽¹⁹⁵⁾ y no aquellos comportamientos de menor gravedad, contrarios a la moral, la religión, la estética o alguna norma jurídica (de Derecho Administrativo, por ejemplo).⁽¹⁹⁶⁾

(194) Este principio constituye el límite de actuación del Derecho Penal (solo protege determinados bienes jurídicos) y está directamente relacionado al principio de lesividad u ofensividad, en el sentido de que el Estado intervendrá, mediante el Derecho Penal, solo cuando se lesionen o ponen en peligro bienes jurídicos fundamentales.

(195) Resulta conveniente aquí precisar, dos cosas: 1) que el Estado solo podrá intervenir, a través del Derecho Penal, cuando se afecte, de alguna manera, las posibilidades de participación de la persona, tanto individual como colectivamente considerados, en el Estado social; y 2) el término *bien jurídico* (penal) ha de entenderse, al inicio, desde una perspectiva político criminal (como objeto que puede requerir de protección jurídico penal); y al final, en el ámbito de la determinación (judicial) de la pena, ha de entenderse desde una perspectiva dogmático jurídico-penal (como “idea” de objeto de hecho protegido por la norma jurídico penal). (Véase Mir, 1996, pp. 134-138; 2005, pp. 166-170)

(196) El postulado “exclusiva protección de bienes jurídicos” implica que el Derecho Penal no puede proteger cualquier interés (jurídico o moral) o bien jurídico, sino solo aquellos que son más importantes, que permiten la participación social de los ciudadanos, de manera importante, en la sociedad; claro, algunos de estos bienes o intereses son de naturaleza moral y son importantes, pero se exige que sea portadora de algo más para que sea protegido y tutelado por el Derecho Penal. Más bien resulta importante y problemático el establecer un concepto claro de “bien jurídico” (penal), con la finalidad que el ius puniendi [derecho de castigar del Estado] tenga límites en la intervención en la libertad de las personas (Mir, 2005, p. 129).

No se pueden establecer penas que no tenga su fundamento en la existencia de un bien jurídico tutelado, no se pueden establecer delitos (y faltas) que no estén contruidos sobre la existencia de un bien jurídico, como contra partida es necesaria la descriminalización de todos aquellos hechos que no estén en relación a la defensa del bien jurídico-penal (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 105).

El Derecho Penal de un Estado Social [y Democrático de Derecho] no tiene por función garantizar ordenes puramente formales, valores morales de la misma naturaleza, ni intereses no fundamentales que no incidan seriamente el funcionamiento del sistema social, de manera que el Estado a través del Derecho Penal va a permitir –posibilitándolo– la participación de los ciudadanos, en general las personas en el sistema social; asimismo, que sean los propios ciudadanos los que decidan –a través del poder constituido (Poder Legislativo, principalmente)–, qué objetos (bienes) reúnen las condiciones requeridas para constituir bienes jurídico-penales. (Mir, 1996, pp. 92-93; 2005, p. 130).

La tutela de bienes jurídicos no solo se alcanza a través del Derecho Penal, sino que a ello ha de cooperar todo el instrumental del ordenamiento jurídico (el Derecho Administrativo, el Derecho Civil, etcétera), coligiéndose de esto, que el Derecho Penal es de última *ratio* y de intervención mínima.

El principio de protección de bienes jurídicos, en el sistema del Derecho Penal, es entendido como lesión o puesta en peligro (doloso) de bienes jurídicos, como tal cumple una función no solo en la determinación legal –por el legislador penal–, sino también en la determinación judicial de la pena (Hassemer & Muñoz, 1989, p. 104), que a continuación se pasa a detallar:

En la determinación judicial de la pena, el principio de protección de bienes jurídicos (en sentido dogmático (Mir, 2005)), implica que el órgano jurisdiccional impondrá una

determinada pena (al autor o partícipe), solo cuando se haya verificado (objetiva y fehacientemente) la puesta en peligro o lesión efectiva de algún bien jurídico fundamental (bienes jurídico-penales) o que existe la posibilidad de ello, siendo en consecuencia, hallado responsable de la comisión de un determinado delito, mediante una acción u omisión, dentro de un proceso penal; evidenciándose de esta manera, la intervención del Derecho Penal.⁽¹⁹⁷⁾

3.5 Principio Acusatorio

El principio acusatorio significa que sin acusación no puede haber condena. No se puede condenar por un hecho distinto del que fue objeto de acusación. Según Llorca (1996) este principio exige, en la determinación de la pena:

que exista debida correlación entre acusación y sentencia, de forma que la defensa del imputado tenga oportunidad de alegar, proponer prueba y participar en su práctica y en los debates, habiendo conocido con antelación suficiente aquello de lo que se le acusa, y sin que la sentencia de modo sorpresivo pueda condenar por algo de lo que antes no se acusa.

La acusación, por otro parte, ha de ser precisa y clara respecto del '*hecho*' y del '*delito*' por el que se formula, y la sentencia ha de ser congruente con tal

(197) Demás está señalar, lo siguiente: que se haya individualizado o identificado al autor o partícipe, que no concurra –en el hecho punible– alguna causa de justificación, asimismo, que la acción penal no haya prescrito. Así como, operativizar las instituciones del Derecho Penal (y la dogmática jurídico-penal) como la teoría de la imputación objetiva, la teoría del delito, etc., respaldado con una adecuada y razonable argumentación jurídica.

acusación, sin introducir un nuevo elemento del que no hubiera existido antes posibilidad de defenderse.

Pero esto no quiere decir que todos los elementos que ha de contener un escrito de calificación acusatorio sean igualmente vinculantes para el Juez o Tribunal. Solo dos tienen eficacia delimitadora del objeto del proceso: el hecho por el que se acusa y la calificación jurídica hecha por la acusación [por el Ministerio Público].

(p. 28)

Y reglón aparte señala Llorca (1996) que las acusaciones tienen el deber de concretar la pena y su fijación no vincula al órgano jurisdiccional, quien tiene la obligación de imponer aquello que legalmente corresponde, de conformidad con el principio de legalidad.

Ahora bien, en la determinación judicial de la pena este principio, implica que los criterios o circunstancias de determinación de la pena presentes en la acusación (escrita), también lo deben estar en la (futura) sentencia definitiva, claro, si es que la parte acusadora (Ministerio Público) no omitió algunos de estos criterios o circunstancias, con la finalidad de no afectar el derecho de defensa o de contradicción (según sea la situación), de la otra parte del proceso penal incoado.

3.6 Principio de Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad implica un equilibrio ideal o valorativo entre el delito y la pena, o de manera más amplia entre ilícito y sanción, la cual se asienta –al menos en el sistema romano-germánico– en una ponderación o medida fijada por el legislador en una ley [proporcionalidad abstracta] y en la valoración que el juez realiza en el caso concreto [proporcionalidad concreta]. (Castillo, 2002, p. 280)

Así, para el Derecho Penal la proporcionalidad supone la correspondencia valorativa entre el delito y la sanción respectiva (pena o medida de seguridad) o entre el injusto y la sanción que se le asocia (Castillo, 2002, loc. cit). La pena impuesta por el órgano jurisdiccional debe ser proporcional a la consecución de los objetivos a que aspira el Derecho Penal en un Estado Constitucional de Derecho.

Según el Tribunal Constitucional peruano (2007), el principio de proporcionalidad (*lato sensu*) tiene como contenido al subprincipio de idoneidad o de adecuación, al subprincipio de necesidad, y al subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. De acuerdo con el subprincipio de idoneidad, toda injerencia en los derechos fundamentales debe ser idónea o capaz para fomentar un objetivo constitucionalmente legítimo. En otros términos, este subprincipio supone dos cosas: primero la legitimidad constitucional del objetivo; y, segundo, la idoneidad de la medida utilizada.

El subprincipio de necesidad significa que para que una injerencia en los derechos fundamentales sea necesaria, no debe existir ningún otro medio alternativo que revista, por lo menos, la misma idoneidad para alcanzar el objetivo propuesto y que sea más benigno con el derecho afectado. Se trata de una comparación de la medida adoptada con los medios alternativos disponibles, y en la cual se analiza, por un lado, la idoneidad equivalente o mayor del medio alternativo; y, por otro, su menor grado de intervención en el derecho fundamental.

Y el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto significa para que una injerencia en los derechos fundamentales sea legítima, el grado de realización del objetivo de intervención debe ser, por lo menos, equivalente o proporcional al grado de afectación del derecho fundamental. Se trata, por tanto, de la comparación de dos intensidades o grados: la realización del fin de la medida examinada y la afectación del derecho fundamental. (Véase STC Exp. N° 00027-2006-PI/TC, 2007, fj. 73)

El principio de proporcionalidad es consustancial al Estado Constitucional de Derecho que se adoptó, y está consagrado en los artículos 3° y 43° y, de manera directa, en el artículo 200°, último párrafo, de la Constitución del Estado y en el artículo VIII del Título Preliminar del Código Penal.^{(198).(199)}

En el ámbito de la determinación judicial de la pena, de acuerdo con este principio, sobre todo con la proporcionalidad en sentido estricto, implica que debe existir imprescindiblemente una proporción entre la pena y el delito, tal como se refirió en el primer párrafo. De esto se colige, que el principio de proporcionalidad propiamente dicho está presente tanto en la determinación legal de la pena [pena abstracta conminada], que implica hacer un complejo análisis político-criminal y técnico por parte del legislador exclusivamente, como en la determinación judicial de la pena [pena concreta], que es de competencia del órgano jurisdiccional,⁽²⁰⁰⁾ que a continuación se explicará brevemente, puesto que está directamente vinculado con el tema que aquí interesa.

El principio de proporcionalidad en sentido estricto, en su faz concreta (proporcionalidad concreta), opera fundamentalmente cuando el legislador deja en

(198) Según el Tribunal Constitucional peruano, el principio de proporcionalidad –valga la redundancia– es un principio general del Derecho expresamente positivizado. Es un principio distinto al principio de razonabilidad y está comprendido en el derecho-principio del debido proceso sustantivo. (Ver SSTC, Exp. N° 010-2002-AI/TC; Exp. N° 1209-2006-PA/TC; Exp. N° 2192-2004-AA/TC)

(199) De acuerdo al Código Penal este principio (o de interdicción o prohibición de exceso) admite excepciones, es el caso de la reincidencia y habitualidad, el mismo que no significa que los reincidentes y los habituales se les impone (o impondrá) penas excesivas, esto es, por encima del marco de culpabilidad por el hecho o acto sino, todo lo contrario, son (o serán) penas elevadas, pero proporcionadas.

(200) Así, la doctrina trata de proporcionalidad abstracta y proporcionalidad concreta, para hacer referencia a los dos momentos o ámbitos en los que la proporcionalidad en sentido estricto actúa: momento legislativo y momento judicial, respectivamente (Aguado, 2010, p. 276).

manos del juez o tribunal un cierto grado de discrecionalidad en la imposición de la pena, estando obligado el órgano jurisdiccional a ajustar la pena exacta a la gravedad del injusto y al grado de culpabilidad.⁽²⁰¹⁾ Este principio, implica que la pena aplicada por el juez o tribunal debe ser proporcionada a la gravedad del hecho punible cometido.

No solo la determinación cualitativa de la pena por parte del órgano jurisdiccional está inspirada en el principio de proporcionalidad en sentido estricto, sino que este también juega un papel fundamental en el margen de arbitrio que le queda en la determinación cuantitativa (de la pena) al apreciar las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido que atienden a la gravedad del hecho como a las circunstancias personales del delincuente, es decir, a las necesidades de prevención especial.⁽²⁰²⁾

El principio de proporcionalidad en su faz concreta obliga (al órgano jurisdiccional) a ponderar todos los factores o elementos (criterios y circunstancias) de determinación judicial de la pena, sea aumentando el quantum de la pena cuando existen circunstancias agravantes (genéricas o cualificadas) o disminuyendo el quantum de la pena, cuando existen circunstancias atenuantes (calificadas o privilegiadas).

(201) De esto se colige que el principio de proporcionalidad está directamente relacionado con el principio de culpabilidad y el principio de legalidad, tanto individualmente como en forma conjunta, tal como el Tribunal Constitucional peruano lo señaló, a través de sus sentencias. (Véanse SSTC, Expediente N° 003-2005-PI/TC, 2005; y Expediente N° 0014-2006-PI/TC, 2007).

(202) Según José Castillo (2002, pp. 325-326), el principio de proporcionalidad, en *sentido amplio*, en la determinación judicial de la pena, obliga a que el órgano jurisdiccional no se detenga en la simple subsunción o calificación lógica jurídica de la conducta criminal en el tipo penal respectivo. Es necesario ir más allá: se debe examinar las condiciones personales, las circunstancias de tiempo y lugar que condicionan la comisión del delito. No obstante esto, para el autor la proporcionalidad como (sub)principio, en la determinación judicial de la pena, debe ser entendido en sentido estricto (faz concreta).

3.7 Principio de Humanidad

El principio de humanidad busca reducir, de alguna manera, la violencia producida por la pena en el sujeto jurídico-penal⁽²⁰³⁾ y que lo afecta en sus derechos más importantes e imprescindibles como la vida (la pena de muerte, por ejemplo), su libertad (la pena privativa de libertad, por ejemplo) y su patrimonio (la pena de multa, por ejemplo); es decir, no solo busca, con ello, reducir el marco penal de las sanciones (cuantum), sino además, la clase de pena a crear e imponer, adecuándola a las exigencias de la dignidad de la persona humana. En conclusión, con el principio de humanidad se busca que el Derecho Penal sea más humano, respetuoso de la dignidad de la persona humana; ya que, es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales (Véase STC Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003, ffjj. 217-218).⁽²⁰⁴⁾

Este principio es un pilar del Derecho Penal⁽²⁰⁵⁾ y fundamento de la política-criminal, en general del sistema penal; está presente no solo en el Derecho Penal sustantivo⁽²⁰⁶⁾ sino, en el Derecho Procesal Penal (proceso penal) y en el Derecho

(203) Entiéndase por sujeto jurídico-penal, toda persona que puede ser atribuido la comisión (u omisión) de un determinado hecho punible (delito o falta) y pueda responder jurídico-penalmente.

(204) Un Derecho Penal que se aleja de la idea de humanidad, propia de la racionalidad contemporánea, socava no solo su eficacia, sino pierde su legitimidad.

(205) Este principio se ve reflejado en la aplicación retroactiva de la norma penal más favorable al reo.

(206) Siendo su contenido en el Derecho Penal, la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante, la orientación resocializadora de la pena y la atención a las víctimas de toda infracción penal (Victimología).

de Ejecución Penal (ejecución de la pena).⁽²⁰⁷⁾ Derivan de este principio todas las instituciones y categorías penales, especialmente las penas; asimismo, tiene un entroncamiento con otros principios penales que solo poseen sentido cuando se vinculan y reconducen a él (evita, por ejemplo, la aplicación matemática del principio de proporcionalidad, es decir, de manera talionica).⁽²⁰⁸⁾

El fundamento (principal) del principio de humanidad es la dignidad de la persona humana⁽²⁰⁹⁾ el mismo significa, que la persona humana es un fin en sí mismo y no un simple medio;⁽²¹⁰⁾ dignidad que se proyecta no solo defensiva o negativamente ante los jueces y tribunales penales (autoridades) y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos (Ver STC Exp. N° 10087-2005-PA/TC, 2007, fj. 5).

La dignidad de la persona humana implica que el Estado debe tener en cuenta las dos dimensiones de la misma: dimensión positiva y la dimensión negativa. La primera

(207) Según José De la Cuesta (2010), el contenido específico del principio de humanidad se manifiesta en el Derecho penal, en 3 ámbitos principalmente: a). la prohibición de la tortura y de toda pena y trato inhumano o degradante y degradante con sus importantes reflejos en la Parte Especial del Derecho penal y **en las consecuencias jurídicas del delito**, b). la orientación resocializadora de la pena, en particular, si es privativa de libertad, y c). la atención a las víctimas de toda infracción penal. (p. 393)

(208) El principio de humanidad de las penas ha venido evolucionando a través del tiempo (de la ley del talión, la pena de muerte, ahora, la pena privativa de libertad o de multa). Esto se debe a la progresiva racionalización del Derecho Penal.

(209) Dignidad que está consagrada no solo en la Constitución Política del Estado (Constitución peruana, 1993, artículo 1°), que irradia a los demás articulados de la Constitución (y la ley) sino, en los instrumentos internacionales (Declaración Universal de Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, etc.). De ahí que se hable de la dignidad como valor fundamental y supremo del sistema y es “un *minimum* inalienable que todo ordenamiento jurídico debe respetar, defender y promover [Exp. N° 010-2002-AI/TC, 2003].”

(210) De acuerdo con la filosofía kantiana, la condición de persona humana se debe a su dignidad.

dimensión hace referencia a que cuando el Estado decida intervenir en las relaciones jurídico-sociales, a través del Derecho Penal y los mecanismos que lo operativizan, deberá previamente agotar todos los presupuestos, esto es, haber agotado los otros medios de control social, siendo de esa manera, el Derecho Penal de *última ratio*; y la dimensión negativa implica que el Estado a través del Poder Legislativo al hacer política criminal, criminalice solo aquellos hechos antisociales que perturban en forma grave la pacífica convivencia de las personas dentro de una determinada sociedad, para ello deberá tomar en consideración la importancia del bien jurídico, la gravedad de la conducta (entidad del riesgo o peligro) y el aspecto subjetivo (dolo o culpa). Por otro lado, el Estado cuando limita los derechos –sea a nivel legislativo o judicial–, deberá ser proporcional a la gravedad del delito cometido, pues solo así se enlaza el respeto de la dignidad de la persona humana con las exigencias de justicia, igualdad y proporcionalidad de un Estado Constitucional de Derecho.

Ahora bien, el principio de humanidad (de las penas) en el ámbito de la determinación de la pena, implica considerar a la pena como un mal necesario para la sociedad y el sujeto jurídico-penal que lo sufre, incluso para el propio Estado (quien la irroga), así como no debe sobre pasar la dignidad de la persona humana; ya que, no solo es un principio y un derecho sino, un valor que articula las aspiraciones democráticas de un pueblo y sintetiza la asunción de otros valores como la libertad, los derechos humanos, la igualdad, la división de poderes y el Estado de Derecho, los cuales no pueden entenderse sin ella.

El órgano jurisdiccional, por este principio impondrá la pena correspondiente a la persona (con dignidad) sometida a un proceso penal graduándola adecuadamente, para ello deberá tener en consideración la entidad o gravedad del bien jurídico afectado, la gravedad del hecho punible, la conducta del autor o partícipe y otros criterios objetivos

establecidos en la ley penal (Código Penal vigente, artículo 46°, entre otros). Esto significa que la pena impuesta (al procesado) debe ser acorde con el grado de injusto o a la culpabilidad por el acto y, sobre todo, dicha sanción penal sea humana, puesto que no debe avasallar o despersonalizar la identidad de la persona, portadora de dignidad; asimismo, la determinación de la responsabilidad jurídico-penal de la persona procesada ha de hacerse de manera oportuna (en un tiempo razonable) y motivadamente.

3.8 Principio de Culpabilidad

El principio de culpabilidad (conjuntamente con el principio de legalidad penal) constituye, en un Estado Social y Democrático de Derecho, un límite a la intervención del Estado, a través del Derecho Penal, con la finalidad de proteger el libre desarrollo de la personalidad y la sociedad (en su conjunto), y la misión de protección de bienes jurídicos (fundamentales), aplicando para ello una sanción (pena o medida de seguridad) a la persona que infringió la norma jurídico-penal (por la puesta en peligro doloso o por la lesión de bienes jurídicos).

El principio de culpabilidad [*nulla poena sine culpa*] desde la perspectiva constitucional, representa el límite mínimo que el Estado debe respetar si es que pretende legitimar su intervención y la aplicación del instrumento estatal más grave: la pena (consecuencia jurídico-penal). Esta sanción ha de ser justificada (para que sea legítima) no solo frente al autor concreto que ha vulnerado determinados bienes jurídicos, sino ante la sociedad y así mismo; de tal forma que tanto para él como para otra persona en su lugar, bajo las mismas circunstancias y condiciones, se imponga la misma sanción o se renuncie a ella. Así, por ejemplo, para el profesor Roxin (1981), el principio de culpabilidad desde la perspectiva del Derecho Penal cumple una función

limitativa de la pena; es decir, la intervención estatal, través de la imposición de la pena, “no puede traspasar, ni en su gravedad ni en su duración, el grado de culpabilidad” (p. 46).

El principio de culpabilidad, como es obvio, exige ciertos presupuestos, para que sea legitimada la intervención del Estado, a través del Derecho Penal, en una determinada realidad social, de lo contrario el ciudadano se expondría a la absoluta arbitrariedad del Estado. Así, exige la concurrencia del principio de personalidad, que impide castigar a alguien por un hecho ajeno; el principio de responsabilidad por el hecho, que exige un Derecho Penal de hecho, se opone a la posibilidad de castigar el carácter o el modo de ser; este principio se encuentra estrechamente vinculada con el principio de legalidad, y su exigencia de tipicidad de los delitos (el mandato de determinación de la ley penal reclama una descripción diferenciada de cada conducta delictiva); el principio de dolo o culpa (o de responsabilidad subjetiva), que implica considerar insuficiente la producción de un resultado lesivo o la realización objetiva de una conducta nociva para fundar la responsabilidad penal; y, por último, el principio de imputación personal, que exige en no castigar con una pena al autor de un hecho típicamente antijurídico (o injusto) que no alcance unas determinadas condiciones psíquicas que permitan su acceso normal a la prohibición infringida. (Mir, 1996, pp. 97-98; 2005, pp. 134-136)⁽²¹¹⁾

El principio de culpabilidad no solo es formal, cuya inobservancia acarrea leves consecuencias, muy por el contrario, se trata de un principio con un contenido material

(211) Resulta necesario precisar, que constituye una excepción al principio de imputación personal (culpabilidad en sentido estricto), el caso de los inimputables (menor de edad penal) y los que padecen de alguna enfermedad mental relevante (Mir, 1996, p. 98; 2005, p. 135).

que traza un límite infranqueable a la actividad punitiva del Estado.⁽²¹²⁾ Este principio es un postulado de la política-criminal, y según Jescheck y Weigend (2014) implica:

De un lado, que la pena presupone siempre la culpabilidad, de modo que quien actúa sin ella no puede ser castigado (*exclusión de la responsabilidad por el resultado*); y, de otro, que la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad (*determinación de la pena en el marco del límite superior de la culpabilidad*). (p. 34)^{(213),(214)}

Según el Tribunal Constitucional peruano, el principio de culpabilidad es uno de los pilares sobre los que reposa el Derecho Penal y justifica la imposición de penas por el delito que de manera reprobable se cometió, dentro del sistema de represión que da sentido a la legislación peruana en materia penal y a la política de persecución penal, en un marco de Estado constitucional; asimismo, este principio es rector del

(212) Según Tribunal Constitucional peruano, el principio de culpabilidad se materializa cuando: En términos generales puede decirse (...) que de acuerdo con el principio de culpabilidad se requiere que la aplicación de la pena esté condicionada por la existencia de dolo o culpa, de conciencia de la antijuricidad o de la punibilidad, de capacidad de comportarse de acuerdo con las exigencias del Derecho (imputabilidad), de una situación normal para la motivación del autor (exigibilidad). (STC, Expediente N° 0014-2006-PI/TC, 2007)

(213) Resulta *conditio sine qua non* precisar, que en la presente tesis –siguiendo un tanto la posición de Bernard Schünemann (1991), citado por Castillo Alva (2002, p. 388)–, la determinación judicial de la pena no necesariamente es exacta a la culpabilidad del sujeto que cometió un determinado delito, esto es, la pena como medida exacta de la culpabilidad en sentido retributivo, sino que la pena cumple también, fines preventivos.

(214) Asimismo, el principio de culpabilidad influye en la configuración del sentido de la culpabilidad como categoría del delito en la medida que se asienta sobre la capacidad de autodeterminación y responsabilidad del hombre. Así, la culpabilidad no puede ser entendida sino como un juicio de reproche jurídico que efectúa el Derecho por la realización del hecho punible (delito y falta).

ordenamiento jurídico peruano y se encuentra consagrado implícitamente en la Constitución Política del Estado y se deriva del principio de legalidad (art. 2º numeral 24, literal d), Const.) y del principio de proporcionalidad (de las penas), que está consagrado expresamente en esta Constitución Política (art. 200º *in fine*, Const.). (Véase la STC Exp. N° 003-2005-PI/TC, 2006)

Este principio, en la determinación judicial de la pena, exige que el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena tome en consideración ciertas circunstancias referidas a la personalidad del procesado y al hecho cometido (delito o falta), con la finalidad de su adecuada y razonable graduación, esto es, una pena que esté conforme al grado de injusto o a la culpabilidad por el acto;⁽²¹⁵⁾ de lo contrario, implicaría imponer una pena arbitraria y avasallante al procesado, ya que el fundamento del principio de culpabilidad está precisamente, en la dignidad de la persona humana y en el valor justicia.^{(216).(217)}

(215) En el momento de determinar la pena, el órgano jurisdiccional debe tener en cuenta que por muy necesaria que pueda ser la pena en el caso concreto desde el punto de vista preventivo general (*V.gr.*, por la alta frecuencia con la que se cometen determinada clase de delitos), o desde el punto de preventivo especial (*V.gr.*, por la alta probabilidad de reincidencia), nunca la pena puede exceder del límite de la que resulte adecuada a la gravedad de la culpabilidad del autor, esto es, del límite de la que merezca el autor teniendo la intensidad con al que – habida cuenta sus circunstancias de motivación- puede ser responsabilizado del hecho.

(216) Respecto al fundamento del principio de culpabilidad se señala en la doctrina, lo siguiente: Para unos, el fundamento está en el valor justicia (en la medida que la pena debe ser proporcional al hecho), para otros, el fundamento está en la dignidad de la persona humana (implica que la persona sea un fin en sí mismo y que no sea instrumentalizado), y, por último, están aquellos que consideran que el fundamento está en el libre desarrollo de la personalidad (en cuanto se exige que la libertad sea protegida dentro del marco de la Constitución Política del Estado).

(217) Al respecto el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo al autor Enrique Bacigalupo (2002), señala que el principio de culpabilidad, en el momento de la individualización de la pena, exige que la sanción sea proporcional al hecho cometido (STC Expediente N° 0014-2006-PI/TC, 2007, fj. 26).

El autor (penalista) Hans Hirsch (1999) señala que, el principio de culpabilidad desde la perspectiva de las consecuencias jurídicas, esto es, para la medición de la pena, adquiere cierta importancia. Se trata del reconocimiento de las circunstancias individuales que son significativas para la determinación de la pena concreta (p. 151). Más concretamente, este principio opera, en la determinación (individualización) judicial de la pena, como un límite a las exigencias preventivas impidiendo que con la pena se pueda ir, por razones de necesidad, más allá de los que autoriza el merecimiento de pena (Zugaldía, 1993, p. 248).

En resumen, por el principio de culpabilidad, la pena no puede exceder de la que resulta adecuada a la intensidad con que el autor puede ser responsabilizado del hecho.

3.9 Principio de igualdad

La igualdad como principio, en un Estado Social y Democrático de Derecho, implica que la intervención del Estado, a través del Derecho Penal, no ha de realizar diferenciaciones y discriminaciones injustificadas e irrazonables que pueden menoscabar la dignidad de la persona humana; ya que, es un principio y un derecho que sirve de base para el ordenamiento jurídico (penal) y su consolidación como tal.

Este principio en materia penal no es tanto estudiada, por no decir aplicada, solo se le menciona, no se le define como debería serlo; no obstante ello, se la puede definir, como aquel principio dirigido al juez o tribunal –que tiene como función (principal) la aplicación de la ley penal (sustantiva, procesal y ejecutiva-administrativa penitenciaria)–, y que consiste en no aplicar una sanción penal (pena y medida de seguridad) realizando diferenciaciones y discriminaciones, en función de las partes del proceso, especialmente la del procesado, que no sean justificadas objetiva y

razonablemente, esto es, no sean arbitrarias.⁽²¹⁸⁾

Ahora bien, desde la perspectiva constitucional, una de las dimensiones de la igualdad ante la ley que la Constitución Política consagra en el artículo 2º inciso 2 [derecho a la igualdad ante la ley], es la igualdad en la aplicación de la ley⁽²¹⁹⁾ la misma que está dirigida al órgano aplicador del Derecho (jurisdiccionales y administrativos), sea como mandato o límite; en este contexto, al órgano jurisdiccional en el sentido de que se encuentra vinculado dentro del sistema de impartición de justicia (judicial), y le exige que toda norma sea aplicada a todo caso que cae bajo su supuesto de hecho y a ningún caso que no caiga bajo él, es decir, las normas jurídicas tienen que ser obedecidas; y como límite al órgano jurisdiccional implica que en el momento de la aplicación de la ley, no se deban atribuir una consecuencia jurídica a dos supuestos de hecho que sea sustancialmente iguales.⁽²²⁰⁾ Es decir, la ley debe ser aplicada de modo igual a todos aquellos que estén en la misma situación, sin que el aplicador pueda

(218) A propósito, en este extremo, resulta pertinente señalar que, Juan A. Lascuraín (2011) trata sobre el *principio de igualdad formal penal*, además del principio de igualdad sustancial, que consiste en no proceder a penas distintas por las mismas conductas en función de los sujetos activos y pasivos de las mismas (p. 58).

(219) Y otra dimensión es la igualdad ante la ley, que está dirigida al límite del legislador en tanto agente de política-criminal o creador de normas jurídicas y “se refiere a que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma.” (Cabrera, 2009, p. 316). No está demás mencionar, que este principio se relaciona con los principios de proporcionalidad (*stritu sensu*), legalidad y humanidad (de las penas); y que a ella le es inescindible la libertad.

(220) El principio de igualdad, también implica que cuando los supuestos de hecho sean iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan de tales supuestos de hecho han de ser asimismo iguales. La identidad en los supuestos de hecho no se rompe cuando se introduce para tratar de diferenciar los elementos o circunstancias carentes de razonable justificación, y que cuando se produce la diferenciación debe guardarse proporcionalidad en el tratamiento jurídico.

establecer diferencia alguna en razón de las personas o de circunstancias que no sean las que se encuentren presentes en la ley. (Ver SSTC, Exp. N° 00004-2006-PI/TC, 2006, fj. 124; Exp. N° 2593-2006-PHC/TC, 2006, ffjj. 5-6).⁽²²¹⁾

El principio en explicación implica también, que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable; coligiéndose de esta manera, que este principio no implica que la ley reciba la misma interpretación, sino impedir que se emitan pronunciamientos arbitrarios por incurrir en desigualdad no justificada de cambio de criterio que pueda reconocerse como tal.⁽²²²⁾

(221) El resultado de estas sentencias constitucionales no incide en la concepción del principio explicado (vide supra).

(222) Antiguamente, en la doctrina, se establecía una distinción al principio de igualdad: igualdad formal e igualdad material; actualmente se establece que el principio de igualdad además de ser un principio es un derecho que tiene diversas manifestaciones. Este principio fue evolucionando en el tiempo; así, se observa en la doctrina y jurisprudencia del Tribunal Constitucional español y el Tribunal Constitucional peruano, quien acoge –y sigue acogiendo– la jurisprudencia del aquel Tribunal Constitucional. Constituyendo una muestra de ello la Sentencia constitucional del 24 de octubre de 2011, donde señala que el principio-derecho de igualdad consagrada en el artículo 2° inciso 2 de la Constitución Política es un derecho fundamental y un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos; y precisa, parafraseando a Hernández Martínez (1994), que en el ámbito constitucional el derecho a la igual tiene dos facetas: una, igualdad ante la ley, otra, igualdad en la ley. El Tribunal Constitucional peruano en tal sentido, parafraseando al autor citado, señala lo siguiente:

La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable, por igual, a todos los que se encuentran en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer una fundamentación suficiente y razonable. (STC Exp. N° 02974-2010-PA/TC, 2011, fj. 6).

El principio de igualdad en la determinación y graduación judicial de la pena, implica que los jueces o tribunales penales no pueden elevar la pena por razones coyunturales o administrarla desigualmente a unos y a otros.⁽²²³⁾ Establece un límite al arbitrio judicial, en el sentido de que los jueces se ven obligados (vinculados) a hacer uso de su arbitrio con carácter de generalidad, es decir, aplicando las mismas normas jurídicas para todos aquellos casos que sean iguales, con los mismos criterios de uniformidad (Pérez Alonso, 1995, p. 322). Expresado en otros términos según José González (1986) citado por Esteban Pérez (1995, loc. cit.), “se diría que el juez debe operar en la determinación de la pena al igual que lo hace el legislador, esto es, que la individualización judicial sigue también el método generalizador propio de las ciencias jurídicas.”

En consecuencia, existirá un quiebre al principio de igualdad en la aplicación de la ley cuando el órgano jurisdiccional (el Poder Judicial, en general) interpreta la norma pertinente en un determinado supuesto de manera distinta a como lo hizo anteriormente en casos sustancialmente iguales, igualmente, cuando la diferencia de tratamiento se produzca respecto de situaciones similares y sea arbitraria, sin que pueda justificarse “por un cambio de criterio que pueda reconocerse como tal, fruto de una variación de la interpretación de la ley que responde a una reflexión del juzgador ajena a una finalidad discriminatoria.”

En la doctrina (constitucional), el autor Pérez Luño, ha tratado sobre el principio de igualdad y sus dimensiones, entre estas la igualdad ante la ley que se manifiesta en 4 exigencias: generalidad, equiparación, diferenciación y regularidad del procedimiento. (Véase Pérez Luño, 2007, pp. 19-36)

- (223) Asimismo, implica expresar las razones que justifican un trato diferenciado (a los autores o partícipes de un hecho punible) o imponer penas distintas a los autores de un mismo hecho punible. Este principio ha de impedir que por razones coyunturales (frecuencia de delitos, alarma social) se esgrima la prevención general para elevar la pena de algún o algunos individuos más que la de otros, como que la prevención especial se administre desigualmente.

Lo que prohíbe el principio de igualdad son, en suma, las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables según criterios o juicios de valor generalmente aceptados.

3.10 Principio de Intervención Mínima

El principio de intervención mínima, como se mencionó anteriormente, está muy relacionado al principio de necesidad; y busca dirigir y orientar la actuación del sistema penal en todos sus niveles y áreas de competencia.

El principio de intervención mínima es un postulado de la política-criminal que es empleado (o debe serlo) por el legislador (penal) a quien le sirve de guía y orientación, es decir, le brinda pautas de orientación valiosa sobre los criterios de incriminación y despenalización de ciertas conductas, con la finalidad de establecer un límite al empleo indiscriminado y arbitrario del recurso extremo del ordenamiento jurídico, como es la pena.⁽²²⁴⁾

Este principio se caracteriza por legitimar al Derecho Penal tanto en su función social como en el plano valorativo, en la medida que sirva para proteger y resguardar a los ciudadanos de injerencias estatales innecesarias e inútiles en su esfera de organización. Coadyuva a comprender que la pena no es el medio más adecuado y útil contra la delincuencia, sino que constituye la extrema y *última ratio* contra ella. La sanción jurídico-penal no es el único recurso, ni, a veces, el mejor contra el delito.⁽²²⁵⁾

(224) La ventaja de este principio está en que ofrece un criterio sumamente valioso para conocer cuándo utilizar el recurso extremo de la pena y cuándo se debe prescindir de él.

(225) Por el principio de intervención mínima el delito es concebido tanto como un problema social como jurídico.

El principio de intervención mínima permite objetivar y hacer uso racional de la pena (y medida de seguridad) estatal, reparando en sus efectos sobre la persona que delinque y la sociedad. Permite un control y un manejo prudente de la pena y la medida de seguridad en cuanto a su uso, proscribiendo su utilización indiscriminada y su administración innecesaria frente a un hecho antisocial no tolerable razonablemente como el delito.

Este principio en la determinación de la pena determina las coordenadas de valoración que debe optar el legislador (penal) –y el órgano jurisdiccional– en el momento de decidir sobre la clase de pena o el quantum de la sanción (pena o medida de seguridad) a imponer. Así, el legislador (penal) cuando establezca una sanción no solo debe vincularse a criterios ético-sociales, sino que deberá atender a los posibles efectos sociales o psicológicos de la pena en el potencial infractor y en la sociedad. Si el fin preventivo de la pena, en el sentido de evitar la lesión de bienes jurídicos, puede alcanzarse recurriendo a una clase de sanción menos lesiva o estigmatizante de los derechos de los ciudadanos (*V.gr.*, entre la pena privativa de libertad y la pena limitativa de derechos, se debe preferir la menos lesiva, esto es, la limitativa de derechos). Si dos sanciones de distinta clase o naturaleza [nos] ofrecen el mismo resultado o, por lo menos uno similar, se debe preferir a la sanción menos dañina al ciudadano, pues la otra no es más que una sanción inútil e innecesaria; asimismo, si existe acuerdo respecto a la clase de pena a imponer, pero existe discrepancia respecto al monto o quantum de la pena y se sabe que los mismos efectos preventivos se va a alcanzar con cualquiera de las dos escalas, se debe dar preferencia siempre al que genere menos daño posible.

El órgano jurisdiccional cuando existe la alternativa de optar entre la aplicación efectiva de la pena y un sustitutivo penal, como la suspensión de la pena, siendo sus

efectos idénticos sobre el delincuente o la sociedad, deberá preferir ésta última.⁽²²⁶⁾

4. Dogmática de la Determinación Judicial de la Pena. Su incidencia en la Jurisprudencia Peruana.

En la realidad jurídico penal peruana no existe una dogmática de la determinación judicial de la pena, toda vez que no es tratado dogmático-doctrinariamente por el Derecho Penal, como un tema o asunto de vital importancia, no así sucede con el tema de la imputación (objetiva) en el Derecho Penal,⁽²²⁷⁾ y que es muy compleja; y, para un sector de la doctrina penal, es un tema propio de los jueces penales.⁽²²⁸⁾ Lo que sí existe, es lo poco o

(226) Consideramos que los principios explicados (ampliamente) son los que más ordinariamente se deberían aplicar en los casos penales y que la jurisprudencia, debería ser fiel reflejo de la misma; no obstante ello, existe otro principio (dispositivo) no menos importante, esto es, principio de prohibición de doble valoración que consiste en la no valoración por parte del órgano jurisdiccional (y el fiscal) en dos momentos distintos un mismo elemento que incide en la determinación de la pena; es decir, dicho principio prohibitivo, según Weesel (1997) implica “que no es posible utilizar en la medición judicial de la pena -para aumentarla o para disminuirla- elementos que ya ha tenido en cuenta el legislador al tipificar la conducta, ni aquellos que afecten a todos los delitos de la misma naturaleza: en ambos casos se trata de situaciones ya valoradas por el legislador y esa valoración ya se ha traducido en un cierto marco punitivo concreto” (pp. 465-466). Sin embargo, ha de considerarse que los criterios del legislador son distintos al del órgano jurisdiccional; el primero responde a la dañosidad social abstracta de la conducta y se rige por parámetros político-criminales, mientras que el segundo, responde a la singularidad del caso concreto y a la persona del delincuente. De manera que el principio de prohibición de doble valoración opera también al interior de la determinación de la pena. (Weesel de la Cruz, 1997).

(227) Los autores peruanos ahí son osados de tratar el tema de atribución de responsabilidad penal imputación objetiva) a la persona que presuntamente cometió algún delito (hecho punible).

(228) No obstante ello, la Corte Suprema de Justicia de la República se preocupó, a través del establecimiento de acuerdos plenarios vinculantes en su practicidad, sentando doctrina legal, frente a la influencia de la realidad (casos penales) en el Derecho (determinación

nada de doctrina y teoría sobre la determinación judicial de la pena, marcadamente influenciada por la teoría dogmática penal extranjera, sobre todo por la alemana,⁽²²⁹⁾ sentada como se conoce por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (*StBGH*), que hasta ahora se mantiene vigente; no obstante, las críticas.

Uno de los autores peruanos que ha tratado doctrinariamente este tema, es el autor Víctor Prado,⁽²³⁰⁾ quién inspirado en la doctrina y legislación comparados, especialmente en la española y su experiencia como juez penal, mas que haber tenido pretensiones de introducir nuevos criterios o parámetros ha precisado o clarificado los criterios y circunstancias establecido por el legislador peruano en la ley penal (Código Penal de 1991) referente a la determinación judicial de la pena, con la finalidad de instrumentalizar

del Derecho por el (los) caso(s) en concreto), evidenciando, a su vez, la insuficiencia de normas jurídicas (adecuadas) relativas a la instrumentalización y operativización de la determinación judicial de la pena. Muestra de ello es el Acuerdo Plenario N° 2-2010/ CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, donde se establecen ciertos criterios en caso de concurrencia de agravantes específicas de distinto nivel en el delito de robo en la modalidad agravada (art. 189°, CP), también es aplicable a los delitos de hurto en su modalidad agravada (art. 186°, CP), secuestro (art. 152°, CP) y el tráfico ilícito de drogas (art. 297°, CP). Sin embargo, no se preocupó por establecer un modelo estándar que sirva de referencia para graduar la pena en el caso concreto, así como el peso que se le debe otorgar a cada criterio o en forma conjunta (circunstancias concurrentes).

(229) La teoría dogmática penal alemana tiene solo cierto grado de desarrollo, porque los otros sistemas jurídicos referido al instituto jurídico de la determinación judicial de la pena también fueron influidos, por la teoría dogmática de esta nacionalidad, claro, en algunos de los sistemas se realizaron ligeras modificaciones, lo principal se ha mantenido. Así, se puede observar en la “dogmática” penal española, en los principales autores que han tratado este tema (*V.gr.*, Esteban Juan Pérez Alonso); de igual manera, esta situación también se observa en la “dogmática” penal argentina (*V.gr.*, Patricia S. Ziffer).

(230) Claro que el mencionado docente (*Vide supra*) no desarrolló una teoría general de la graduación judicial de la pena, pero sí realizó un esfuerzo por sentar criterios para la determinación judicial de la pena.

a este instituto jurídico en el caso concreto, sobre todo ante la concurrencia de determinadas circunstancias.^{(231).(232)}

La jurisprudencia penal peruana fue influida –y lo sigue siendo–, marcada y principalmente, por la teoría dogmática de la determinación judicial de la pena alemana; no obstante, de su escasez.⁽²³³⁾ Esto se debe, principalmente a dos factores; primer factor, no existe una dogmática de graduación judicial de la pena peruana auténtica y real y no existe un verdadero interés por desarrollar (dogmáticamente), la determinación judicial de la pena, no solo en las aulas de las facultades de Derecho y sus profesores de Derecho

(231) No obstante que las ideas del citado docente no sean originarias, sino adoptadas de la doctrina española, ha terminado por influir en la regulación del mencionado instituto jurídico y su adecuada instrumentalización en los anteproyectos de Código Penal 2004 y Código Penal 2009. (Véase el capítulo VI de la presente tesis).

(232) Otro autor que trató de hacer algo similar (teoría dogmática de la determinación judicial de la pena) es el autor Dino Caro Coria, quien siguiendo a la doctrina alemana y española, recuerda la situación compleja y problemática de la individualización judicial de la pena, comparte la distinción entre determinación de la pena e individualización judicial de la pena y pone especial énfasis en la fundamentación jurídica de los límites de la sanción penal; así como la evolución (lenta de esta dogmática) y las diferentes fases o etapas que se dan en el proceso de individualización judicial de la pena. Véase el texto en línea titulado “Notas sobre la Individualización Judicial en el Código Penal Peruano” (Dino, s.f.); no obstante, que este título sea semejante al título del artículo publicado, en la Revista Jurídica de Castilla-La Mancha (Nº 35), por Eduardo Demetrio (2003). Otro autor que realizó buenos comentarios respecto a este tema, es el autor José Hurtado (2005, pp. 115-116), quién comentando uno de los elementos más importantes, como la determinación judicial de la pena en el Código Penal de 1924, refiere que tanto el factor culpabilidad como el factor peligrosidad del delincuente, son de la misma importancia, ya que el legislador así lo consideró, y el juzgador puede armonizar, al momento de sancionar, los criterios de prevención general y especial, de acuerdo a la personalidad del delincuente. Posición respetable, mas no se comparte.

(233) Una muestra patente de ello es la vigencia, hasta ahora (el presente), en la mayoría de los ordenamientos jurídicos penales del Derecho continental europeo, de la teoría del espacio o ámbito de juego alemana.

Penal, sino en los operadores jurídico-penales, en general; y segundo factor fue el Tribunal Supremo Federal alemán que a través de sus sentencias sentó, por vez primera, las bases para el desarrollo (futuro) científico de una teoría de la determinación judicial de la pena.⁽²³⁴⁾

Así, se observa tal influencia en la jurisprudencia penal, en la sentencia recaída en el Expediente N° 85 de 2008, emitida por la Primera Sala Penal Especial de la Corte Superior de Justicia de Lima, que adopta la definición de determinación judicial de la pena del tratadista alemán Hans-Heinrich Jescheck: “(...) Determinación judicial de la pena es la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible llevada a cabo por el juez conforme a su naturaleza, gravedad y forma de ejecución eligiendo una de las diversas posibilidades previstas legalmente. (...)” (Primera Sala Penal Especial, Exp. N° 85-2008, apartado VIII párr. 2).⁽²³⁵⁾ Otra muestra es la siguiente:

Cuarto.- Que, como se sabe, el marco legal de la pena se proyecta sobre el segundo tipo de determinación de la misma que es la individualización judicial, destinada a la medición concreta o *quantum* [*i.e.* quantum] de la pena, y que tiene en cuenta tanto el criterio de la proporcionalidad de la misma como las necesidades preventivo-especiales que presenta el imputado (...). (Pérez, M., 2006, p. 605).

(234) Pero tampoco ocasionó una gran revolución científica en la teoría dogmática penal alemana, sigue siendo la única y la más importante. (Ver Nota 68 de la presente tesis, capítulo I).

(235) Este mismo tratadista alemán también influyó en el Tribunal Constitucional peruano (véase STC Exp. N° 02546-2012-PHC/TC de 5 de junio de 2014, votos dirimientes en minoría de Mesía Ramírez y Eto Cruz).

4.1 Necesidad de una Explicitación de los Criterios de Determinación Judicial de la Pena.

La determinación judicial de la pena significa que el órgano jurisdiccional no puede partir de cualquier valoración personal que le merezca el hecho o el autor, sino que los criterios o pautas que utilice deben ser elaborados a partir del sistema jurídico penal, particularmente del sistema de determinación judicial de la pena, estructurando el complejo de circunstancias relevantes a partir de la interpretación y argumentación (judicial) sistemática y teleológica de la norma jurídico penal, y en esto coincido con Ziffer.

Sentado la posición personal (del investigador) en el párrafo precedente, ahora, se citará tres muestras de jurisprudencia penal (ejecutorias supremas) sobre el tratamiento del instituto jurídico de la determinación judicial de la pena, con la finalidad de observar la necesidad de una (mayor) explicitación de los criterios y pautas de este instituto jurídico penal, que sean plasmadas en las sentencias penales condenatorias por parte del órgano jurisdiccional; y así se observa:

Que en las resoluciones impugnadas, para [l]a graduación de la pena y la reparación civil no se ha tenido en cuenta el artículo 46° del Código Penal: los medios empleados, la extensión del daño y peligro de estas acciones, que no solo alteran la paz social, sino la integridad personal de quienes tienen el derecho de transitar en la calle, los móviles del hecho injustificado, la pluralidad de agentes intervinientes; quienes no han demostrado arrepentimiento; por lo que la pena debe incrementarse proporcionalmente, declararon haber nulidad en la sentencia en el extremo que impone 5 años de pena privativa de libertad, reformándola impusieron 9 años de pena privativa de libertad. (Urquiza, 2010, p.188)

En la jurisprudencia precitada se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) advierte que la Sala Penal Superior no ha observado los criterios y pautas previstos en el artículo 46° del Código Penal de 1991, siendo uno de estos la actitud *postdelicti* de los procesados (el arrepentimiento), con la finalidad de graduar adecuadamente la pena en el caso concreto. Sin embargo, por otro lado, el propio órgano jurisdiccional supremo, *prima facie*, solo se limitó a realizar una mera referencia a algunos de los criterios establecidos en el artículo acotado del Código Penal, la precisión realizada por este órgano jurisdiccional no es tan clara (no precisó cuáles de esos factores estuvieron presentes en el caso concreto), no justificó razonablemente el incremento de la pena impuesta, luego de haberla declarado nula y, por último, omitió respecto el método o procedimiento de determinación judicial de la pena seguido por la Sala Penal Superior (si es adecuado o no).⁽²³⁶⁾

Otra jurisprudencia penal es la siguiente ejecutoria suprema:

Para los efectos de imponer la pena al acusado, debe tenerse en cuenta la naturaleza de la acción, la extensión del daño causado, sus condiciones personales, así como la forma y circunstancias de la comisión del evento delictivo conforme a lo previsto por el artículo cuarenta y seis del Código Penal. (Urquiza, 2010, p. 189)

(236) Un análisis aparte merece respecto a la ausencia de claridad respecto al método o procedimiento de la determinación de la reparación civil (consecuencia accesoria). Por otro lado, un aspecto particular –y de suma importancia– que se observa en el análisis de la ejecutoria citada, es el referente a la motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena, esto es, los factores o elementos (normativos y materiales) de este instituto jurídico tienen que estar debidamente fundamentados (más adelante se tratará este aspecto), sin embargo se puede mencionar que el órgano jurisdiccional supremo no lo fundamentó; no obstante, que la normatividad así lo exige ¿o es que la misma no es clara?, sí lo es.

En la jurisprudencia precitada se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) solo se limitó a hacer una referencia a algunos de los criterios y pautas establecidos en el artículo 46° del Código Penal, no precisó cuáles de estos factores estuvieron presentes en el caso concreto menos aún aclaró, cómo influyeron algunos de estos factores en la determinación judicial de la pena,⁽²³⁷⁾ y sobre todo no explicitó los factores o elementos presentes en el caso concreto, resaltando más en esto último la deficiencia del mencionado órgano jurisdiccional.⁽²³⁸⁾

Otra jurisprudencia penal es la siguiente ejecutoria suprema:

Para efectos de imponer la pena, de acuerdo a lo establecido, por el artículo 46° del Código Penal deberá tenerse en cuenta, entre otros aspectos, las condiciones personales del agente, las que están referidas no solo a factores sociológicos sino también a circunstancias que hayan afectado su percepción de los hechos sin que estos constituyan causas de inimputabilidad. (Urquiza, 2010, p.190)

En la precitada jurisprudencia se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) solo se limitó a señalar los criterios de determinación judicial de la pena, establecidos en el artículo 46° del Código Penal,

(237) A propósito aquí cabe mencionar las críticas que realiza Ziffer (1996), la que se comparte, refiriéndose a las sentencias argentinas con el Código Penal de 1921, “de la lectura de la sentencia no solo no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena.” (p. 97).

(238) Un análisis aparte merece, al igual que la anterior ejecutoria, la motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena en el caso concreto (*Vide infra*).

precisando el elemento sociológico dentro de los factores personales, así como las circunstancias que hayan afectado la percepción del agente, pero que no constituya alguna causal de no responsabilidad penal; sin embargo, esta precisión se caracteriza por ser genérica, e incluso es ambigua; ya que, cuando se refiere a factores sociológicos puede caber cualquier factor sociológico (*V.gr.*, el rol del individuo dentro de la sociedad), que no necesariamente es relevante para el Derecho Penal funcionalista de tipo garantista; de igual manera, se puede afirmar respecto a las circunstancias que hayan afectado la percepción del agente, toda vez que cualquier factor de carácter psíquico puede subsumirse en ella, máxime un factor congénito (esencial) de la personalidad del agente, claro fuera de los supuestos de no responsabilidad penal, que no son propias de un Derecho Penal de acto, ya que este Derecho Penal no le interesa las formas de ser de la persona.⁽²³⁹⁾

4.2 Necesidad de la Explicitación del Procedimiento de Determinación Judicial de la Pena.

El procedimiento de determinación judicial de la pena es un aspecto trascendental y debe ser tomado en consideración en las sentencias penales condenatorias, de manera expresa. La metodología empleada por el órgano jurisdiccional, en la graduación de la pena, es una muestra de ello, y debe ser explicitada en estas sentencias penales, con la finalidad de que se observe la existencia de una adecuada graduación de la pena en el caso concreto y, de esta manera, se lograría evitar la impugnación en este extremo de la sentencia penal, por alguna de las partes. Este aspecto en la jurisprudencia y casuística penal no se

(239) Las jurisprudencias (ejecutorias supremas) citadas a título de muestras, solo son algunas de las numerosas que existen; y que todas reflejan el tratamiento que se da a la determinación judicial de la pena por parte del órgano jurisdiccional.

observa, siendo dos muestras de ello, las siguientes jurisprudencias (ejecutorias supremas):

Que las exigencias que plantea la determinación de la pena no se agotan en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que se pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que la gravedad de esta debe ser proporcional a la del delito cometido; que por lo tanto para los efectos de la graduación de la pena se debe tener en cuenta la forma y circunstancias con que la encausada perpetró el ilícito que se le atribuye, conforme a lo dispuesto por el artículo 46° del Código Penal; declararon haber nulidad en la sentencia recurrida, en el extremo que impone 4 años de pena privativa de libertad, reformándola impusieron 1 año de pena privativa de libertad. (Urquiza, 2010, p.191)

En la jurisprudencia precitada (ejecutoria) se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) realizó una escueta motivación de la determinación judicial de la pena, en el sentido de que la pena debe ser graduada observando el principio de proporcionalidad (pena proporcional a la gravedad del hecho cometido), así como una referencia genérica a los criterios y circunstancias establecidos en el artículo 46° del Código Penal (p. ej., la forma y circunstancias); sobre todo, no explicitó en la ejecutoria en análisis, el procedimiento y la metodología empleada en la graduación judicial de la pena; no obstante ello, reformó la pena (de 4 años) y le impuso 1 año de pena privativa de libertad; a propósito de esto último, cabe una interrogante: ¿cumplirá el fin de la pena con este quantum de pena ínfima?, la respuesta es no.

Otra jurisprudencia (ejecutoria) es la siguiente:

(...) estando a las condiciones personales de los procesados ..., es de sostener que éstos [*sic*] son jóvenes con una gran inmadurez emocional, lo cual los llevó a cometer el delito sin medir las graves y reales consecuencias del mismo, las que deben afrontar; que cuando sucedieron los hechos el primero de los mencionados contaba con 20 años de edad, mientras los dos últimos con 19, siendo por tanto de aplicación el artículo 22° del Código Penal; y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 46° del Código Penal, así como la aceptación que hacen los procesados de sus respectivas participaciones en los hechos, acogándose de esta forma al beneficio de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; (...). (Castillo, 2006, p. 430)

En la jurisprudencia precitada (ejecutoria) se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) no solo no explicita y determina el procedimiento de graduación judicial de la pena en el caso concreto, así como la metodología empleada, sino además, se basó en aspectos subjetivos de las personas acusadas, “jóvenes con gran inmadurez emocional”, que nada tienen que ver, meridianamente, con las circunstancias personales, criterio previsto en el artículo 46° del Código punitivo, en vista de que una persona de 20 o 19 años de edad tranquilamente puede estar emocionalmente maduro y ser consciente de lo que hace, relacionado a los fines político-criminales de la norma jurídico penal, previsto en el artículo 22° del mencionado Código; asimismo, el referido órgano jurisdiccional no precisa el grado de participación que tuvieron cada uno de los acusados en el hecho materia de condena, así como tampoco pondera las circunstancias concurrentes (atenuantes) y en qué medida atenúan dichas circunstancias (la responsabilidad restringida y la confesión sincera).

Ahora bien, el procedimiento de determinación judicial de la pena fue señalado de manera expresa, también por la jurisprudencia, exactamente en el Acuerdo Plenario N°

8-2008/CJ-116 [*i.e.* 2009] del 13 de noviembre de 2009, que reza así:

La determinación judicial de la pena viene a ser un procedimiento técnico y valorativo que ha de permitir la concreción cualitativa, cuantitativa y, a veces, ejecutiva de la sanción penal (...). Dicha actividad se realiza al final del proceso, es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas; sobre este fundamento el Juez considera el hecho acusado como típico, antijurídico y culpable. En base a estos dos criterios el Juez, se abocará, tal como explica la doctrina, primero, a construir el ámbito abstracto de la pena –identificación de la pena básica–, sobre el que tendrá esfera de movilidad; y segundo, a examinar la posibilidad de una mayor concreción en la pena abstracta –individualización de la pena concreta–. Finalmente entrará en consideración la verificación de la presencia de las “circunstancias” que concurren en el caso concreto. (Urquiza, 2010, p.191)

En la jurisprudencia precitada (Acuerdo Plenario) se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) se preocupó por establecer el procedimiento de determinación judicial de la pena,⁽²⁴⁰⁾ con la finalidad que el órgano jurisdiccional, en general no la desconozca sino, la concrete en la práctica (en el caso concreto), situación que no sucede ni está sucediendo.

No obstante de las jurisprudencias citadas, tal situación se ha venido manteniendo,

(240) Pero con ello no significa que sea suficiente para instrumentalizar el procedimiento de determinación judicial de la pena, sino todo lo contrario.

incluso hasta ahora; muestra de ello es la siguiente jurisprudencia del 25 de agosto de 2011:

Quinto: Que, no obstante, no es debido el procedimiento para dosificar la pena del encausado Granados Temple en tanto el juicio de proporcionalidad de las sanciones está jurídicamente vinculada al conjunto de factores que el Código Penal determina para individualizar la pena, que esta no puede ampararse en criterios no aceptados por el Código Penal, por lo que a efectos de concretizar el quantum [*i.e.* quantum] de pena impuesto al encausado Granados Temple sólo [*sic*] concurre la circunstancia atenuante de la pena básica del injusto penal de homicidio simple – contemplado en el artículo seis [*i.e.* ciento y seis] del Código Penal– al haber quedado en grado de tentativa –prevista en el artículo dieciséis [*i.e.* diez y seis] del citado Código–; que aún [*sic*] cuando se tenga en cuenta los criterios y los factores comunes y genéricos para la individualización de la sanción –previstos en los artículos cuarenta y cinco y cuarenta y seis del referido Código, respectivamente–, la sanción impuesta es muy indulgente para sancionar la magnitud de su culpabilidad por el injusto cometido atentando contra el bien jurídico protegido máspreciado –la vida humana–, por lo que la pena concreta es de doce años, al que le corresponde aplicar los beneficios por su acogimiento a la conclusión anticipada de los debates orales al aceptar el hecho materia de acusación fiscal –criterios esbozados para la institución de conformidad precisados en los fundamentos diecinueve y veintitrés [*i.e.* diez y nueve y veinte y tres] del Acuerdo Plenario número cinco-de dos mil ocho/CJ-ciento dieciséis, del dieciocho de julio del dos mil ocho–, que faculta al juzgador a reducir hasta un séptimo[*sic*] o menos de la pena concreta que le correspondería pero un sexto como equivocadamente lo estimó el Colegiado de instancia, por lo que resulta imprescindible que esta sanción se incremente (...).Por estos fundamentos: (...); y, II. Declararon HABER

NULIDAD [*i.e.* haber nulidad] en la citada sentencia en el extremo que impuso al encausado Alexander William Granados Temple cinco años de pena privativa de libertad: reformándola: la incrementaron a diez años de pena privativa de libertad (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Primera Penal Transitoria, R. N. N° 1512-2011, 2011)

En la jurisprudencia precitada (ejecutoria) se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República), no describe el procedimiento de determinación judicial de la pena en el caso concreto, no ponderó las circunstancias concurrentes, no fundamentó racional y razonablemente los juicios de valor, sobre todo, respecto al desvalor del resultado de la conducta del acusado (homicidio en grado de tentativa) y no tanto respecto a la conclusión anticipada; asimismo, el órgano jurisdiccional supremo, no precisó en forma clara los efectos (atenuantes) del instituto de la conformidad (procesal) respecto de una terminación anticipada, aceptación de cargos imputados, en la etapa de instrucción, al haberse acogido a la conclusión anticipada el acusado, mas por el contrario, reformó la sentencia condenatoria e incrementó la pena impuesta a 10 años de privación de la libertad; aspecto que se tiene que revertir, con la finalidad que la decisión del órgano jurisdiccional sea más racional y acorde a los principios, que el sistema jurídico penal enarbola en el marco de la Constitución Política del Estado.

4.3 Valoración de los Factores Reales en la Determinación Judicial de la Pena

El sistema de determinación judicial de la pena que adoptó el Código Penal de 1991, no establece de cuáles circunstancias (concurrentes o no) actúan como agravantes y cuáles como atenuantes, es decir, existe una indeterminación de las circunstancias de determinación judicial

de la pena,⁽²⁴¹⁾ y esto ha generado –y viene generando– el problema en la graduación judicial de la pena en el caso concreto, específicamente, en la dirección de la valoración del órgano jurisdiccional,⁽²⁴²⁾ no se conoce si persiste hasta ahora (presente); siendo muestra de ello, la siguiente jurisprudencia (Recurso de Nulidad N° 924-2001) del 5 de julio de 2001:

(...); que, para efectos de determinación de la pena, se debe tener presente el marco legal de la pena fijada en el artículo ciento ocho del Código Penal, modificada por ley [*sic*] veintisiete mil cuatrocientos setentidós [*i.e.* setenta y dos]

(241) El artículo 46° del Código Penal de 1991 señala, lo siguiente:

Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad, considerando especialmente:

1. La naturaleza de la acción;
2. Los medios empleados;
3. La importancia de los deberes infringidos;
4. La extensión del daño o peligro causados;
5. Las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión;
6. Los móviles o fines;
7. La unidad o pluralidad de los agentes;
8. La edad, educación, situación económica y medio social;
9. La reparación espontánea que hubiere hecho del daño;
10. La confesión sincera antes de haber sido descubierto; y,
11. Las condiciones personales y circunstancias que lleven al conocimiento del agente.
12. La habitualidad del agente al delito.
13. La reincidencia.

El Juez debe tomar conocimiento directo del agente y, en cuanto sea posible o útil, de la víctima (CP, 1991, art. 46°). Este artículo fue modificado mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

(242) Pero ello no implica justificar, en modo alguno, la existencia de penas desproporcionadas que desbordan el grado culpabilidad del procesado.

del cinco de junio del dos mil uno [ahora, en el presente, este artículo fue modificado por diversas leyes, siendo el último Ley treinta mil doscientos cincuenta y tres del veinte de octubre del dos mil catorce], en atención al principio de retroactividad benigna, con las concurrencias agravantes que tampoco han sido precisadas en la sentencia, todas vez que sólo [*sic*] se enuncia el citado artículo, con inferencia a la ferocidad, no obstante que también concurren calificándole la conducta del agente, el haber actuado con gran crueldad así como facilitar y ocultar otro delito, en este caso el robo del artefacto sustraído y los presupuestos establecidos por [*i.e.* en] los artículos cuarenticinco y cuarentiséis [*i.e.* cuarenta y cinco y cuarenta y seis] del Código Penal, esto es naturaleza de la acción – homicidio calificado–, medios diversos utilizados para victimar al agraviado, deber de protección a la vida del agente [*i.e.* de la víctima] en su calidad de policía, circunstancias del lugar en el propio domicilio de la víctima, móvil patrimonial, la calidad del agente –persona joven– y con toda capacidad vital, con estudios secundarios y profesionales, a quien incluso se le podría imponer un tercio de la pena máxima como establece el artículo cuarentiséis-A- [*i.e.* cuarenta y seis guión A guión] del Código Penal; en consecuencia, atendiendo a lo expuesto debe incrementarse la pena impuesta de conformidad con el artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; (...) declararon HABER NULIDAD [*i.e.* haber nulidad] en la propia sentencia, en cuanto impone ... DIECIOCHO AÑOS [*i.e.* dieciocho años] de pena privativa de libertad, (...); reformándola en este extremo: IMPUSIERON [*i.e.* impusieron] ..., VEINTICINCO AÑOS [*i.e.* veinte y cinco años] de pena privativa de la libertad (...). (Pérez, 2006, pp. 433-434)

En la jurisprudencia precitada (ejecutoria) se observa, que le órgano jurisdiccional (*a-quo*) no apreció ni valoró, precisando, todas las circunstancias concurrentes en el

caso concreto (homicidio calificado-asesinato), en este caso, la gran crueldad, el facilitar u ocultar otro delito, además de la ferocidad, circunstancias específicas que califican a la conducta del agente, con la finalidad de graduar la pena a imponer al procesado; y en cuanto a la valoración de las directrices (políticas) del artículo 45° del Código Penal y los criterios (factores) del artículo 46° del mismo *corpus iuris*, el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República) valoró dos veces los criterios de determinación judicial de la pena, vulnerando la cláusula de la prohibición de la doble valoración, en vista de que la naturaleza de la acción (homicidio calificado), el medio empleado, el móvil y los deberes infringidos ya fueron establecidos por el legislador penal en el tipo penal del homicidio calificado (asesinato), previsto en el artículo 108° del mencionado Código, además es de recordar, que en caso de concurrencia de circunstancias genéricas y específicas (incompatibles), prevalece estas últimas (circunstancias específicas); respecto a la circunstancia del lugar (de comisión del delito) y la condición del agente, un policía con deberes (positivos), aquí el órgano jurisdiccional supremo, adoptó una decisión atinada al valorarlos, conforme lo prevé los artículos 46° y 46-A del referido Código, pero no las fundamentó y ponderó (con los otros criterios), conforme a los principios y criterios de determinación judicial de la pena que el sistema jurídico penal prevé; y por último, respecto a las circunstancias específicas concurrentes en el caso concreto, el referido órgano jurisdiccional hizo bien en identificar y precisar las demás circunstancias concurrentes (la gran crueldad, el facilitar u ocultar otro delito), que el *a-quo* omitió, pero no las fundamentó adecuadamente así como tampoco en qué medida agravan dichos factores; y consecuentemente, reformó la pena impuesta por el *a-quo*, y la incrementó a 25 años de pena privativa de libertad (7 años más de pena).

Otra muestra, es la siguiente jurisprudencia (Recuso de Nulidad) del 19 de agosto de 2002:

(...), para efectos de la determinación legal de la pena al acusado ..., debe tenerse en cuenta el marco de la pena establecido en el artículo ciento seis del Código Penal, la naturaleza de la acción, los medios empleados, la extensión del daño causado, los móviles y fines, las circunstancias de la comisión del evento delictivo, en atención a lo preceptuado por el artículo cuarentiséis [*i.e.* cuarenta y seis] del citado Código Sustantivo; (...), siendo además facultativo la aplicación de la confesión sincera previsto en el artículo ciento treintiséis [*i.e.* ciento treinta y seis] del Código de Procedimientos Penales (...); declararon HABER NULIDAD [*i.e.* haber nulidad] en la propia sentencia en cuanto condena a ..., por el delito de homicidio calificado, en agravio de ..., a QUINCE AÑOS [*i.e.* quince años] de pena privativa de libertad (...); reformándola en estos extremos: CONDENARON [*i.e.* condenaron] a ..., por el delito de homicidio simple, en agravio de ..., a OCHO [*i.e.* ocho] años de pena privativa de libertad, (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R. N. N° 1882-2002, 2002)

En la jurisprudencia precitada (ejecutoria) se observa, que el órgano jurisdiccional supremo (Corte Suprema de Justicia de la República), interpretó inadecuadamente los criterios y circunstancias de determinación de la pena, en este caso, el factor *ex post* delito la confesión sincera establecido en el numeral 10 del artículo 46° del Código Penal –y también en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales–, ambos tienen efectos atenuatorios de la pena; en el sentido de que su aplicación y valoración

es de carácter facultativo y, en consecuencia, no sería obligatorio su observancia en el momento de la determinación judicial de la pena; sino, de lo que se trata aquí, es que el órgano jurisdiccional se encuentra autorizado para decidir cuál es el marco pena concreta, y puede decidir dentro del extremo promovido o reducido por la presencia de tal circunstancia (de atenuación).⁽²⁴³⁾ Situación distinta es si la mencionada confesión sincera es la que está regulada en el Código Penal o en el Código de Procedimientos Penales, con la finalidad de conocer cuál es el grado de efecto atenuatorio que tendría sobre la pena.

Además se puede colegir, que el órgano jurisdiccional (*a-quo*) no valoró adecuadamente el móvil (circunstancia genérica) de la comisión del delito, toda vez que hubo una adecuación de tipo penal (en aplicación del principio de determinación alternativa) realizado por el órgano *ad quem*, esto es, el tipo penal del homicidio calificado (asesinato) por el del homicidio simple, regulado y sancionado en el artículo 106° del Código Penal de 1991. En lo demás, no se observa que el órgano *ad*

(243) A propósito respecto a la frase “el juez podrá...”, específicamente el término *podrá* (contenido en el artículo 46° del CP vigente), el autor Prado Saldarriaga (2007, p. 37) señala, siguiendo a la doctrina española, ello “no quiere decir que el juez puede dejar de aplicar las circunstancias, sino que el juez está autorizado para decidir cuál es el marco de pena concreta, y puede decidir dentro del extremo promovido o incrementado o reducido por la presencia de las circunstancias”; es decir, tiene que aplicar la circunstancias (en cuanto a sus efectos de refiere). Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la República (Presidencia), observó esta cuestión, entre otras referentes a la correcta determinación judicial de la pena en el caso concreto. (Véase el quinto considerando de la Circular Relativa a la Correcta Determinación Judicial de la Pena de 1 de setiembre de 2011, emitida mediante Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ). La precisión realizado por el autor mencionado, ya había sido realizado por el magistrado supremo español López Barja (2004, pp. 293-294), claro refiriéndose a la disminución obligatoria de grados de la pena que se observa en la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.

quem haya valorado alguna circunstancia (genérica) en el caso concreto.⁽²⁴⁴⁾

4.4 La Existencia de Penas Desproporcionadas con Relación al Hecho Cometido y a la Culpabilidad por el Acto o al Grado de Injusto Penal.

La existencia de penas desproporcionadas en la jurisprudencia es clara muestra de la ausencia de medios (técnico jurídicos) de instrumentalización de la determinación judicial de la pena, así como, de ausencia de capacitación respecto a este tema por parte de los operadores jurídicos penales (institucionales o no), especialmente los jueces y fiscales. Así, se observa en las siguientes 2 jurisprudencias (ejecutorias supremas):

Séptimo [*sic*]: Que, con relación a la determinación judicial de la pena, resulta pertinente ponderar la circunstancia que atenúa la responsabilidad penal de encausado Palomino Llacetas, quien en el transcurso del proceso argumentó que en el día del evento criminal estaba en estado etílico, afirmación que se corrobora con las declaraciones del acusado Yony Erasmo Gamboa Casanca y del menor Noe Gamboa Casanca, por lo que resulta de aplicación lo estipulado en el artículo veintiuno [*i.e.* veinte y uno] del Código Penal, además de tener en cuenta sus condiciones personales; que en atención al principio de proporcionalidad resulta viable reducir prudencialmente la pena hasta límites inferiores al mínimo legal, en virtud a lo previsto en el inciso uno del artículo trescientos del Código de Procedimientos Penales; (...); II. Declararon HABER NULIDAD [*i.e.* haber nulidad] en la propia sentencia en cuanto le impone veinticinco [*i.e.* veinte y cinco]

(244) Un aspecto importante es que la valoración no implica simplemente, la identificación de los criterios de determinación judicial de la pena, previstos en diversos articulados del Código Penal, sino tienen que ser fundamentados, con la finalidad que la decisión del órgano jurisdiccional sea más racional.

años de pena privativa de libertad; reformándola: le impusieron doce años de pena privativa de libertad, (...). (Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Penal Permanente, R. N. N° 3010-2009, 2010)

En la jurisprudencia precitada se observa, que el órgano jurisdiccional de primera instancia (*a-quo*) no valoró ni ponderó adecuadamente la circunstancia atenuante, como el estado psicológico en que se encontraba el encausado el día del evento delictuoso (estado étlico⁽²⁴⁵⁾), que es una causal que no anula responsabilidad penal del encausado, generando efectos de disminución prudencial por debajo del mínimo legal, conforme al artículo 21° del Código Penal; siendo el órgano jurisdiccional supremo (*ad quem*), quien ponderó la mencionada circunstancia de atenuación y, consecuentemente, declaró haber nulidad en la propia sentencia en cuanto le impone veinte y cinco años de pena privativa de libertad; reformándola: le impuso doce años de pena privativa de libertad; a pesar de esto, el referido órgano jurisdiccional no valoró adecuadamente las circunstancias personales del encausado, no fundamentó, siendo un criterio subjetivo de determinación judicial de la pena.

Otra jurisprudencia es la siguiente ejecutoria suprema:

Que el delito de robo en casa habitada y con el concurso de dos o más personas se reprimiría con pena privativa de libertad no menor de 10 ni mayor a 20 años, por lo que hay que tener en cuenta dicho marco legal, para efectos de determinación judicial de la pena, con lo que señalan los artículos 45° y 46° del código [*sic*]

(245) Para el análisis del presente caso no se puso en discusión el estado étlico del encausado, esto debido a que existe la doctrina de la *causa in re ilícita*, supuesto en el cual el encausado deliberadamente se pone en un estado de inimputabilidad, con la finalidad de delinquir y no ser sancionado. Tampoco se discutió las declaraciones de los familiares del encausado.

sustantivo; que, si bien es cierto que en el presente caso, el referido acusado tiene la condición de cómplice secundario, al haberse limitado a esperar a los demás agentes en el vehículo que iba a ser utilizado para la fuga de la escena del delito, por lo que debe ser sancionado con una penalidad disminuida, también lo es que la Sala Penal Superior no ha realizado una argumentación jurídica coherente que justifique la pena impuesta contra el mismo; (...) cabe señalar que el delito de robo agravado es de naturaleza dolosa y que lesiona el bien jurídico patrimonio, que el agente cuenta con educación suficiente –quinto de secundaria– que le permitía conocer de manera suficiente la ilicitud de sus actos y al momento de la realización del hecho no se encontraba en situación económica apremiante, dado que en ese momento se desempeñaba como comerciante, lo que le permitía obtener un ingreso diario de veinte nuevos soles diarios y por último tenemos la no reparación espontánea del hecho; que ante los supuestos en los que concurren varias circunstancias agravantes y una sola atenuante, nuestro Código Penal no ha establecido una solución, por lo que en tales casos el juzgador debe partir de un punto medio del mínimo fijado y acercarse a él y no proceder conforme ha ocurrido en el caso analizado, que por el solo hecho de que el agente haya tenido una participación secundaria en el evento delictivo, se haya impuesto una pena muy por debajo de la mitad del mínimo fijado como sanción por el delito que es materia de juzgamiento; que teniendo en cuenta lo anterior amerita modificarle la pena, en aplicación del artículo 300 del código [sic] adjetivo; declararon haber nulidad en la sentencia en el extremo que impone 2 años de pena privativa de libertad, reformándola impusieron 4 años de pena privativa de la [sic] libertad. (Urquiza, 2010, pp.186-187)

En la ejecutoria precitada se observa, que el órgano jurisdiccional superior no observó ni valoró adecuadamente la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el caso en concreto y, consecuentemente, no instrumentalizó adecuadamente dichas circunstancias (casa habitada, con el concurso de dos o más personas y el grado de participación o de antijuricidad penal); así como, existe una incoherente argumentación jurídica. La carencia de medios o de reglas para la instrumentalización (adecuada) de los criterios y circunstancias de determinación de la pena no debe constituir (razonablemente) un obstáculo para una adecuada imposición pena proporcional, pero; sin embargo, dicho órgano jurisdiccional impuso una pena desproporcionada (pena ínfima), 2 años, al procesado; luego, el órgano jurisdiccional supremo, reformado la sentencia impugnada y le impuso una pena proporcional y razonable, esto es, cuatro años de pena privativa de libertad.

4.4.1 La Ausencia de Criterios claros en la Realidad Judicial [*Excusus* Jurisprudencia Peruana]

La ausencia de criterios o parámetros claros y adecuados en la determinación o graduación judicial de la pena en la ley penal (*V.gr.*, Código Penal), observados en la realidad de la jurisprudencia penal, se hace evidente (como indicadores) en la infracción a la cláusula de prohibición de la doble valoración de las circunstancias de determinación judicial de la pena, en la consideración de efectos atenuantes de la pena de una confesión sincera (cuándo o en qué momento tiene efectos atenuantes), entre otras evidencias; por lo que urge su necesaria explicitación en la ley penal, toda vez que en la cultura jurídica peruana se encuentra arraigado el Derecho

positivo (formalista), cuya base fundante lo constituye la ley (como regla⁽²⁴⁶⁾). Así se observa en las siguientes jurisprudencias (ejecutorias supremas):

(...) estando a las condiciones personales de los procesados ..., es de sostener que éstos [*sic*] son jóvenes con una gran inmadurez emocional, lo cual los llevó a cometer el delito sin medir las graves y reales consecuencias del mismo, las que deben afrontar; que cuando sucedieron los hechos el primero de los mencionados contaba con 20 años de edad, mientras los dos últimos con 19, siendo por tanto de aplicación el artículo 22° del Código Penal; y teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 46° del Código Penal, así como la aceptación que hacen los procesados de sus respectivas participaciones en los hechos, acogiendo de esta forma al beneficio de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; (...). (Castillo, 2006, p. 430)

En la ejecutoria precitada, se observa que el órgano jurisdiccional supremo, en el caso concreto, valoró doblemente la circunstancia referida a las condiciones personales de la persona sujeto a proceso (criterio genérico previsto en el artículo 46° del Código Penal) y las edades que tenían los acusados, esto es, de 19 y 20 años en el momento de la comisión del delito, que también es una condición personal del acusado (menos genérica) establecida en el artículo 22° del Código Penal, se trata de la responsabilidad restringida, que tiene efectos atenuatorios de la pena.⁽²⁴⁷⁾

(246) Ahora, último, además por principios (postpositivismo). (Véase a Ricardo Guastini, 2010, pp. 58-62).

(247) A propósito de esto, antes de la puesta en vigencia de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 tenía –y tiene– efectos atenuatorios para todos los delitos, después ya no sería lo mismo, cambió.

Otra jurisprudencia es la siguiente:

Que en efecto se encuentra acreditada la comisión del delito de violación de la libertad sexual por parte del procesado; así como la responsabilidad del mismo; sin embargo, es del caso señalar que no se puede considerar como confesión sincera el hecho de que el encausado a nivel policial haya aceptado los hechos, para posteriormente en su declaración instructiva que no se cometió el ilícito, que lo que depuso a nivel policial no es cierto en razón que la Policía lo golpeó, luego en el juicio oral señalar que no recuerda nada, que en ese momento no sabía lo que hacía y que se encontraba arrepentido de los hechos; por lo que es del caso modificar la [pena] impuesta por el Colegiado en atención a lo preceptuado por el artículo 46º del Código sustantivo vigente; declararon haber nulidad en la sentencia recurrida, en el extremo que impone 10 años de pena privativa de libertad, reformándola impusieron 15 años de pena privativa de libertad. (Urquiza, 2010, p. 191)

En la ejecutoria precitada, se observa que el órgano jurisdiccional supremo muestra de manera evidente las dificultades (“error de valoración”) que tuvo el órgano jurisdiccional superior al valorar la aceptación de las consecuencias jurídicas del delito por parte del acusado –dando versiones distintas antes del proceso y en el proceso penal–, como confesión sincera y, consiguientemente, genero efectos atenuatorios de la pena; y el órgano supremo corrigió ello. Por otro lado, esto es una muestra clara respecto a la carencia de normas jurídicas adecuadas referente a los efectos de la confesión sincera en la determinación judicial de la pena; efectos que son atenuatorios, esto es, disminuyen el desvalor de la conducta del acusado o importa una menor intensidad en la culpabilidad del autor.

CAPÍTULO IV: PROCESAMIENTO Y ANÁLISIS DE LA INFORMACIÓN EXTRAÍDA DE LAS SENTENCIAS PENALES CONDENATORIAS Y ENCUESTAS A JUECES Y FISCALES PENALES Y CONTRASTACIÓN DE LAS HIPÓTESIS

1. Procesamiento de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel

Antes de iniciar el procesamiento de la información extraída de sentencias penales condenatorias o casos analizados en los juzgados y salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, resulta *conditio sine qua non* recordar que se seleccionó una muestra heterogénea, ya que comprende tanto a sentencias penales condenatorias (con calidad de firmes o ejecutoriados) de expedientes de los años 2010 y 2011, como a jueces y fiscales penales que fueron encuestados en sus respectivos despachos. Ahora, realizado esto a modo de introducción, se puede señalar que en este apartado del presente capítulo solo se tratará a la primera muestra, esto es, las sentencias condenatorias –y otros actuados– de expedientes de los años 2010 y 2011, de 3 delitos graves que se tomó como referencia como son, el robo en la modalidad agravada (regulado en el artículo 189° del Código Penal), la violación sexual de menor de edad (regulado en el artículo 173° del Código Penal) y el homicidio calificado (regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal); las cuales fueron analizadas en los juzgados (13) y salas (4) penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel de la Corte

Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial de Lima.⁽²⁴⁸⁾

Esta primera muestra consiste en 230 sentencias condenatorias firmes (de expedientes del 2010 y 2011) que fueron analizadas en 13 juzgados como, el Cuarto Juzgado Penal, Décimo Octavo Juzgado Penal, Vigésimo Cuarto Juzgado Penal, Vigésimo Octavo Juzgado Penal, Trigésimo Segundo Juzgado Penal, Trigésimo Cuarto Juzgado Penal, Trigésimo Octavo Penal, Cuadragésimo Cuarto Juzgado Penal, Cuadragésimo Quinto Juzgado Penal, Cuadragésimo Noveno Juzgado Penal, Quincuagésimo Juzgado Penal, Quincuagésimo Primer Juzgado Penal, Quincuagésimo Segundo Juzgado Penal; y en 4 salas como, la Primera Sala Penal, Segunda Sala Penal, Tercera Sala Penal y Cuarta Sala Penal; ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.⁽²⁴⁹⁾

La cantidad de sentencias condenatorias antes mencionada fue depurada y se obtuvo 225 sentencias condenatorias válidas, que fueron utilizados para elaborar la presente tesis, y equivalen a 179 expedientes, de los cuales 87 fueron del 2010 que equivalen a 116 sentencias condenatorias, y 92 expedientes del 2011 que equivalen a 109 sentencias condenatorias.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del año 2010, 92 son del delito

(248) La otra muestra señalada en el proyecto de tesis son los jueces y fiscales penales encuestados, en una cantidad de 70, sobre el tema de la determinación de la pena, que más adelante se explicará. (Véase el presente capítulo, apartado 3 de la presente tesis).

(249) La muestra que se tenía proyectado analizar era de 300 sentencias condenatorias aproximadamente, 150 de expedientes del 2010 y otros 150 de expedientes del 2011. Esto no se pudo concretar principalmente por razones de tiempo. Por otro lado, la selección de juzgados y salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, donde se analizaron los expedientes (sentencias condenatorias y otros actuados) del 2010 y 2011, fue al azar; de los 16 juzgados penales para procesos con reos en cárcel que existen en total y de las 4 salas penales también para procesos con reos en cárcel que existen en total, todo a nivel del Distrito Judicial de Lima.

de robo en la modalidad agravada establecido en el Código Penal, de la siguiente manera:

Artículo 189°.- Robo Agravado

La pena será no menor de doce ni mayor de 20 años si el robo es cometido:

- 1. En casa habitada.*
- 2. Durante la noche o en lugar desolado.*
- 3. A mano armada.*
- 4. Con el concurso de dos o más personas*
- 5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos y aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*
- 6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
- 7. En agravio de menores de edad, discapacitados, mujeres en estado de gravidez o ancianos.*
- 8. Sobre vehículo automotor.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.

Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización delictiva o banda, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental. (CP, 1991, art. 189°).⁽²⁵⁰⁾

(250) Este artículo fue modificado luego, por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, siendo posteriormente modificado por Ley N° 30077, del 20 de agosto de 2013, solo en su último párrafo. Ahora el texto jurídico es el siguiente:

La pena será no menor de doce ni mayor de 20 años si el robo es cometido:

- 1. En inmueble habitado.*
- 2. Durante la noche o en lugar desolado.*
- 3. A mano armada.*
- 4. Con el concurso de dos o más personas.*
- 5. En cualquier medio de locomoción de transporte público o privado de pasajeros o de carga, terminales terrestres, ferroviarios, lacustres y fluviales, puertos y aeropuertos, restaurantes y afines, establecimientos de hospedaje y lugares de alojamiento, áreas naturales protegidas, fuentes de agua minero-medicinales con fines turísticos, bienes inmuebles integrantes del patrimonio cultural de la Nación y museos.*
- 6. Fingiendo ser autoridad o servidor público o trabajador privado o mostrando mandamiento falso de autoridad.*
- 7. En agravio de menores de edad, personas con discapacidad, mujeres en estado de gravidez o adulto mayor.*
- 8. Sobre vehículo automotor, sus autopartes o accesorios.*

La pena será no menor de veinte ni mayor de treinta años si el robo es cometido:

- 1. Cuando se cause lesiones a la integridad física o mental de la víctima.*
- 2. Con abuso de la incapacidad física o mental de la víctima o mediante el empleo de drogas, insumos químicos o fármacos contra la víctima.*
- 3. Colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica.*
- 4. Sobre bienes de valor científico o que integren el patrimonio cultural de la Nación.*

La pena será de cadena perpetua cuando el agente actúe en calidad de integrante de una organización criminal, o si, como consecuencia del hecho, se produce la muerte de la víctima o se le cause lesiones graves a su integridad física o mental. (CP, 1991, art. 189° (modificado 2013)). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

En la misma cantidad al inicio citada, 13 sentencias condenatorias son del delito de violación sexual de menor de edad, establecido en el Código Penal, de la siguiente manera:

Artículo 173°.- Violación sexual de menor de edad.

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.*
- 2. Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta años, ni mayor a treintaicinco.*
- 3. Si la víctima tiene entre catorce años de edad y menos de dieciocho, la pena será no menor de veinticinco ni mayor de treinta años.*

Si el agente tuviere cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza, la pena para los sucesos previstos en los incisos 2 y 3, será de cadena perpetua.

(1991, art. 173°)⁽²⁵¹⁾

(251) Este artículo fue modificado luego, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013. El inciso 3 será derogado luego, mediante sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el Expediente N° 00008-2012-PI-TC del 12 de diciembre de 2012, y posteriormente rectificado por el Poder Legislativo, por Fe de Erratas del 20 de agosto de 2013. Ahora el artículo 173° del Código Penal, es el siguiente:

El que tiene acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o realiza actos análogos introduciendo objetos o partes del cuerpo por alguna de las dos primeras vías, con un menor de edad, será reprimido con las siguientes penas privativas de libertad:

- 1. Si la víctima tiene menos de diez años de edad, la pena será de cadena perpetua.*

De igual manera, en la misma cantidad al inicio citada, 11 sentencias condenatorias son de los delitos de homicidio calificado, establecidos en el Código Penal vigente,⁽²⁵²⁾ el primer delito cualificado (el parricidio) dice: “*El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a su cónyuge o concubino, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.*” (CP, 1991, artículo 107°).⁽²⁵³⁾ Y el segundo delito cualificado (el asesinato), dice:

2. *Si la víctima tiene entre diez años de edad, y menos de catorce, la pena será no menor de treinta, ni mayor de treinta y cinco años.*

En el caso del numeral 2, la pena será de cadena perpetua si el agente tiene cualquier posición, cargo o vínculo familiar que le dé particular autoridad sobre la víctima o le impulse a depositar en él su confianza. (CP, 1991, art. 173°). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(252) Resulta conveniente precisar, que dentro de la frase “homicidio calificado o cualificado”, el término *calificado* o *cualificado* ha de entenderse como referidos dos características principalmente que lo diferencia entre el delito de parricidio (regulado en el art. 107° del CP) y el delito de asesinato (regulado en el art. 108° del CP), siendo una característica (principal) del primer delito la calidad del agente y el parentesco o vínculo que existe con la víctima (o agraviado); mientras la característica (principal) del segundo delito, la forma de cómo pone fin, el agente, a la vida de la víctima (o agraviado). Además, existen otras particulares características que lo diferencian del delito de homicidio simple (regulado en el art. 106° del CP).

(253) Este artículo fue modificado luego, por diversas leyes, siendo ahora último por la Ley N° 30323 del 7 de mayo de 2015, y es el siguiente:

El que, a sabiendas, mata a su ascendiente, descendiente, natural o adoptivo, o a una persona que sostiene o haya sostenido una relación conyugal o de convivencia, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años.

La pena privativa de libertad será no menor de veinticinco años, cuando concurra cualquiera de las circunstancias agravantes previstas en los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 108°.

En caso de que el agente tenga hijos con la víctima, además será reprimido con la pena de inhabilitación prevista en el inciso 5 del artículo 36°. (CP, 1991, art. 107° (modificado 2015)). [Las cursivas son ajenas en ambos textos jurídicos transcritos].

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1. Por ferocidad, por lucro o por placer;*
- 2. Para facilitar u ocultar otro delito;*
- 3. Con gran crueldad o alevosía;*
- 4. Por fuego, explosión, veneno o por cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas;*
- 5. Si la víctima es miembro de la Policía Nacional del Perú o de las Fuerzas Armadas, Magistrado del Poder Judicial o del Ministerio Público, en el cumplimiento de sus funciones.* (CP, 1991, artículo 108°).⁽²⁵⁴⁾

La segunda cantidad de sentencias condenatorias son de expedientes del año 2011, esto es, 109 sentencias (92 expedientes), de las cuales 93 son del delito de robo en la modalidad agravada, 10 del delito de violación sexual de menor de edad y 6 de los delitos de homicidio calificado (comprende al delito denominado “parricidio” y al delito denominado “asesinato”).⁽²⁵⁵⁾

(254) Este artículo fue modificado luego, por Ley N° 30054 del 30 de junio de 2013, ahora último por Ley 30253 del 24 de octubre de 2014, y es el siguiente:

Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años el que mate a otro concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:

- 1. Por ferocidad, codicia, lucro o por placer;*
- 2. Para facilitar u ocultar otro delito;*
- 3. Con gran crueldad o alevosía;*
- 4. Por fuego, explosión o cualquier otro medio capaz de poner en peligro la vida o salud de otras personas.* (CP, 1991, art. 108° (modificado 2014)). [Las cursivas son ajenas en ambos textos jurídicos transcritos]

(255) Resulta conveniente precisar aquí, 2 cosas. 1). Que, si bien es cierto que se analizó una cantidad considerable de sentencias condenatorias que fueron producto de la aplicación de la Ley sobre Conclusión Anticipada de la Instrucción-Ley N° 28122, denominada también

Ahora, esta cantidad y proporción de sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas en los respectivos expedientes del 2010 y 2011, se encuentra justificado (se entiende) si es que se las compara con las estadísticas del índice de criminalidad de estos años, elaboradas por el Ministerio Público, que no es pura casualidad, pues en estas estadísticas se observa que son de igual proporción;⁽²⁵⁶⁾ y permitirá cumplir los objetivos formulados en el proyecto de la presente tesis.⁽²⁵⁷⁾

conclusión anticipada del juicio oral, dentro de procesos penales especiales [por ejemplo: sentencia anticipada, sentencia de conclusión anticipada o sentencia conformada], pero también es cierto que el órgano jurisdiccional realiza juicios de valoración dentro de este tipo de proceso especial, siendo de los aspectos a valorar es [en] la graduación de la pena en los casos concretos, solo que la pena diligentemente graduada será de naturaleza atenuada, que no necesariamente tiene que ser por debajo del mínimo legal en el respectivo delito, como se desprende del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008; y en los demás casos (ordinarios o normales) la pena será graduada conforme a los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/JC-116 (fj. 7) y N° 8-2009/CJ-116 (fj. 8) del 18 de julio de 2008 y del 13 de noviembre de 2009, respectivamente; claro está, que las reglas generales establecidas en estos acuerdos plenarios son de aplicación en toda graduación judicial de la pena. Y 2). el motivo del porqué se analizó este tipo de sentencias, es porque en los meses que se analizaron los casos (octubre del 2013 a mayo del 2014), valga la redundancia, había más sentencias de este tipo (terminación anticipada, conclusión anticipada o sentencia conformada).

(256) Según las estadísticas elaborado por la Oficina Central de Planificación y Presupuesto (OCPLAP) del Ministerio Público (MP), ahora, Oficina de Racionalización y Estadística, en cuanto a los delitos analizados, el delito de robo (agravado) representa un mayor porcentaje respecto al delito de violación sexual de menor de edad, y este a su vez, representa un mayor porcentaje respecto del delito de homicidio (calificado) en el periodo 2010, repitiéndose la misma proporción en el período siguiente (2011). (www.mpfm.gob.pe/Docs/0/files/anuario_est_2010.pdf). (Ver Anuario Estadístico del Ministerio Público de los respectivos años).

(257) Siendo el objeto del presente trabajo de investigación (tesis), demostrar y establecer explicativamente, y de manera objetiva, la inexistencia de una adecuada graduación o determinación judicial de la pena en el proceso penal peruano y la ausencia de motivación adecuada de sentencias penales condenatorias a ser analizados, pero en el extremo de la

De los párrafos precedentes se colige, que el procesamiento de la información extraída de sentencias condenatorias –y otros actuados– se realizará en base a 3 delitos graves (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado) y de 2 años continuos (2010 y 2011); es decir, se procesará información extraída de una muestra con determinadas particularidades que la hacen especial.

Detallando más aún este apartado de la presente tesis, se puede señalar que el análisis de las sentencias condenatorias antes mencionado no solo se limitó, valga la redundancia, a sentencias penales, sino a otros actuados de los respectivos expedientes, como el Auto de Apertura de Instrucción, la acusación, la declaración instructiva del imputado, los certificados de antecedentes penales, entre otros, con la finalidad de obtener una información íntegra (completa) que produzca conocimiento sobre la determinación o graduación judicial de la pena. Este análisis, consistió en la extracción de información (relevantes) sobre criterios y circunstancias (observados o no por el órgano jurisdiccional en los casos concretos) de determinación judicial de la pena, en un medio concreto (cuaderno tamaño A4) que tenía una estructura o formato determinado, nada en especial, pero que permitió extraer dicha información en forma ordenada y sistematizada.⁽²⁵⁸⁾

En el mencionado medio de recojo de información de criterios y circunstancias de determinación de la pena, se plasmó tanto aquellos criterios y circunstancias que observó el órgano

determinación judicial de la pena. Asimismo, la consecución de este objeto será complementado (reforzado) por el resultado que se obtenga de las encuestas realizadas a jueces y fiscales penales.

(258) Exactamente, este instrumento fue dividido en 6 columnas (columna de relación de expedientes a analizar, columna de valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal, columna de valoración de criterios o pautas políticas del artículo 45° del Código Penal, columna de valoración de otros criterios, columna de pena impuesta y columna de pena conminada), tal como se podrá observar más adelante en las tablas (cuadros) y figuras (gráficas) a exponerse (presentarse). (Véase *infra* el presente capítulo, apartado 2 de la presente tesis)

el órgano jurisdiccional en el momento de graduar la pena, en los casos concretos, como aquellos que no observó el mencionado órgano. Estos criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena extraídos, tanto de las sentencias condenatorias como de otras partes (otros actuados) de los respectivos expedientes, están regulados en el Código Penal de 1991, principalmente en su Parte General, específicamente en los artículos 46º y 45º; así se tiene criterios como, las condiciones personales del agente, la carencia de antecedentes penales, judiciales o policiales, la edad, las condiciones socioeconómicas, la reincidencia, el grado de instrucción o de educación del agente, el arraigo familiar, el arrepentimiento, el grado de consumación del delito, entre otros; pero, también se extrajo otros criterios (circunstancias modificativas de la responsabilidad penal), que son de alta incidencia en la graduación judicial de la pena, y que están regulados también en la Parte General del mencionado Código;⁽²⁵⁹⁾ así se tiene la tentativa (regulado en el artículo 16º del CP), la responsabilidad restringida (regulado en el artículo 22º del CP), entre otros; y por supuesto, la confesión sincera que está regulado en el artículo 136º del Código de Procedimientos Penales.⁽²⁶⁰⁾

Todos los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena extraídos, de las 225 sentencias condenatorias y otros actuados de los respectivos expedientes (del 2010 y 2011), fueron introducidos, claro previa depuración, a un sistema computarizado, esto es, a una computadora personal (PC), con la finalidad de ser procesados mediante

(259) Estos últimos son denominados circunstancias modificativas de responsabilidad penal, que inciden en la graduación judicial de la pena, exactamente ajustan la medida de la pena impuesta al procesado a las condiciones personales y fácticas que han rodeado e influido en la comisión del delito.

(260) No se puede dejar de mencionar el artículo 471º [reducción de la pena en una sexta parte acumulable a la confesión sincera] del Código Procesal Penal de 2004, cuyos criterios fueron aplicados por los jueces penales en el momento de la graduación de la pena, en los casos concretos, dentro de las sentencias condenatorias analizados.

programas informáticos como el *Excel* 2010 (Microsoft Office) y el *Eviews* 8 (facilita la utilización de las técnicas de la Econometría), para de esta manera obtener un resultado (información con valor agregado) que permita conseguir y alcanzar los objetivos formulados en el proyecto de la presente tesis.

La utilización de los programas informáticos antes mencionado, especialmente el *Eviews* 8,⁽²⁶¹⁾ obedece a la naturaleza del tema en cuestión y a la calidad innovativa de la presente tesis; el primero, porque se trata de la graduación judicial de la pena que está muy vinculado a la motivación de la sentencia penal (condenatoria), en el extremo de la determinación judicial de la pena, y que depende de la observancia –por parte del órgano jurisdiccional– de factores o elementos de naturaleza cualitativa (como los criterios y circunstancias de determinación de la pena) y no de naturaleza cuantitativa (como son los números), siendo el programa adecuado para ello el *Eviews* 8; y segundo, porque es el primer trabajo de investigación jurídica (tesis) en que se emplea este programa informático, que permite la utilización (viable) de las técnicas de la Econometría,⁽²⁶²⁾ con la finalidad de obtener una mayor certeza y predictibilidad de un determinado hecho.

(261) El *Eviews* es una marca registrada de QMS (Quantitative Micro Software), es un programa informático que se seleccionó y utilizó, de entre tantos programas alternativos para el tratamiento de la información (cualitativa), por las facilidades que tiene este programa, ya que incorpora de forma automática una gran parte de los desarrollos teóricos básicos, y que posibilita, por tanto, la practicidad de las técnicas econométricas.

(262) La Econometría como disciplina de la Economía, surge en el 1º Encuentro de la *Econometric Society* en Cleveland, Ohio (USA) en 1930, como una iniciativa de economistas, matemáticos y estadísticos muy relevantes; Fisher, Schumpeter, Wiener, Frisch, entre otros. Es una rama de la Economía que hace un uso extensivo de modelos matemáticos y estadísticos así como de la programación lineal y la teoría de juegos para analizar, interpretar y hacer predicciones sobre sistemas económicos, prediciendo variables como el precio, las reacciones del mercado, el coste de producción, la tendencia de los negocios y las consecuencias de la política económica (www.es.wikipedia.org/wiki/Econometria). Esta herramienta es utilizada tanto por las ciencias formales (p. ej., matemáticos) como por

El programa *Eviews* 8 permite instrumentalizar, mediante procedimientos matemáticos, modelos econométricos como, por ejemplo, el modelo probit. En la presente tesis se seleccionó el Modelo Tobit censurado normal o simple, que permitió estimar o calcular una pena (denominado, “pena predicha”) en cada caso concreto (sentencias), en función de criterios y circunstancias presentes (concurrentes) en el mismo, observados o no por el órgano jurisdiccional, y las penas conminadas o básicas – extremo mínimo y máximo– según sea el caso, de los delitos de robo en la modalidad agravada (art. 189º del CP), violación sexual de menor de edad (art. 173º del CP) y homicidio calificado (arts. 107º y 108º del CP).⁽²⁶³⁾ Este modelo econométrico utilizó o modelizó a los criterios de determinación de la pena, presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, mediante la técnica de las dummies (dummy), ya que se está tratando con información cualitativa y que puede expresarse en forma cuantitativa,⁽²⁶⁴⁾ para ello a estos criterios las consideró como variable independiente; y, consistió, concretamente, en la asignación de 2 valores

las ciencias sociales (p. ej., sociólogos), siendo uno de estas el Derecho. Por otro lado, la Econometría en sus inicios (Econometría tradicional) solo se utilizaba para pronosticar o estimar fenómenos económicos, solo mediante datos cuantitativos (netamente estadísticos), específicamente numéricos; después con la evolución de los programas informáticos (p. ej., el *Eviews* 8), también se utilizaría –y se utiliza ahora– para con datos o información de naturaleza cualitativa. Esto constituye el fundamento (razón) del porqué se utilizó la Econometría en el pronóstico de la pena a imponerse al procesado.

(263) El modelo Tobit seleccionado fue uno de elección discreta, porque utiliza variables (alternativas) también discretas, que pueden asumir un número finito de valores, donde los valores que asume esta variable mide cualidades o atributos; en este caso, las cualidades son los criterios o circunstancias de determinación judicial de la pena. Se adoptó como variable a las penas conminadas o básicas (pena mínima y pena máxima) de los delitos mencionados en la presente tesis y se las modelizó con las variables dummy, con la finalidad de dar mayor predictibilidad y precisión al cálculo de la nueva pena (denominado “pena predicha”) en cada caso concreto.

(264) La técnica de las dummies, variables ficticias, son utilizadas comúnmente cuando se trata de información de naturaleza cualitativa (lo opuesto a información cuantitativa) como en el

(ceros y unos) a los criterios de determinación de la pena presentes en los casos analizados; así, asumió un valor de cero ante la ausencia de algún criterio (de determinación de la pena) y un valor de uno, ante la presencia de un determinado criterio en los casos analizados; estos vectores (ceros y unos) al ser afectados por la función de distribución da como resultado una nueva pena en cada caso concreto analizado (denominado pena predicha).⁽²⁶⁵⁾ De esta manera se obtuvo la pena predicha en cada delito mencionado en la presente tesis.⁽²⁶⁶⁾

2. Tabulación de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel

Antes de pasar a representar, en tablas (columnas y filas) y figuras (gráficos de polígonos) y explicar la información obtenida producto del procesamiento de la información extraída

presente caso (criterios y circunstancias de determinación de la pena), y que consiste en asignar dos valores (ceros y unos); así, asumirá un valor equivalente a 1 ante la presencia de un atributo o cualidad y, en caso de ausencia, cada cualidad adoptará un valor igual a 0. De manera que solo existen dos situaciones: se está ante la presencia de una cualidad (criterio) o ante la ausencia de una cualidad. Esta técnica también, se le conoce como sistema binario.

(265) Aquí conviene precisar, que el *Eviews* 8 utiliza un procedimiento matemático en el que ordena todas las variables independientes (criterios de determinación) en una matriz y luego les aplica una función de distribución para llegar al vector que contiene las penas predichas. El sistema consideró a la “pena predicha” como variable endógena, se explica dentro del sistema y no fuera de esta, como la variable exógena (que no influye en la variable endógena); asimismo, el sistema consideró a la “pena predicha” como variable [in]dependiente.

(266) Se debe recordar, que la pena predicha se obtuvo, en cada caso concreto, tomando en consideración tanto los criterios y circunstancias observados y como los no observados por el órgano jurisdiccional. Todos los criterios obraban en los expedientes analizados tanto en los del 2010 y como en los del 2011.

de las sentencias condenatorias –y otros actuados– de expedientes del 2010 y 2011, resulta *conditio sine qua non* mencionar, que la tabulación se realizó por cada delito y por expedientes de cada año (2010 y 2011), ambos factores tomados como referencia, para ello se empleó los programas informáticos el *Excel* 2010 y el *Eviews* 8. La tabulación realizado por delito (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado) consistió en 2 tablas, en la primera tabla, dividido en 6 columnas, se consideró solo los criterios (determinación de la pena) observados por el órgano jurisdiccional en los casos (sentencias condenatorias) analizados; y en la segunda tabla, dividido en 7 columnas, se consideró tanto los criterios observados como los criterios no observados, por el órgano jurisdiccional, en los expedientes analizados (sentencias condenatorias y otros actuados).⁽²⁶⁷⁾ La tabulación por expedientes de cada año (del 2010 y del 2011), consistió en considerar por separado la información (y datos) extraída(s) de las sentencias condenatorias –y otros actuados– de expedientes del 2010, y que fue procesada informáticamente, de la información (y datos) extraída(s) de las sentencias condenatorias –y otros actuados– de expedientes del 2011, y que también fue procesada; ya que, en ambos supuestos se trata de información diferentes. Para luego ser representados, al final, mediante figuras o gráficas (de polígonos), con la finalidad, primero, de observar las diferencias que existen entre las penas graduadas considerando la mayoría o algunos de criterios presentes, que fueron observados por el órgano jurisdiccional respectivo, en los casos analizados; y las penas graduadas, por medio informáticos como el *Eviews* 8, que facilita la utilización de las técnicas de la Econometría, y que consideró todos los criterios y circunstancias presentes o concurrentes en las

(267) Además ha de considerarse como criterios adicionales a este análisis por separado de la información procesada, las penas conminadas o básicas de los 3 delitos tomados como referencia, los diferentes injustos penales, además de los diferentes bienes jurídicos que se encuentran protegidos (en los respectivos tipos penales).

sentencias condenatorias –y otros actuados– analizados; y, segundo, sobre todo, porque permitirá conseguir los objetivos formulados en el proyecto de la presente tesis, de manera íntegra, esto es, completa.

Además es de precisar que esta tabulación especializada va a facilitar, más adelante, la contrastación (empírica) exacta de las hipótesis planteadas en el proyecto de la presente tesis. Por lo que era necesario analizarla y tabularla por separado. A continuación se pasará, recalcando, a representar en tablas la información procesada informáticamente de la graduación judicial de la pena, en expedientes del 2010 y 2011 de los delitos antes mencionado, para luego ser explicadas e interpretadas de manera crítica.

A). En Expedientes del Año 2010

A.1). Delito de Robo en la Modalidad Agravada en Expedientes de 2010

Tabla 1:

Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de robo en la modalidad agravada.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal	—	Impacto social. Confesión.	12	12-20
	2	Carencia de antecedente penal	—	Impacto social Confesión.	14	12-20
	3	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión sincera Tentativa	4	12-20
	4	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión sincera Tentativa	4	12-20

EXPEDIENTES	5	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión.	8	12-20
	6	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión.	8	12-20
	7	—	Secundaria completa	Confesión. Reincidencia	8	12-20
	8	Tiene antecedente penal	—	Confesión.	10	12-20
	9	—	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Habitual Confesión.	10	12-20
	10	Carencia de antecedente penal	—	Confesión sincera. Responsabilidad restringida Nocividad social	4	12-20
	11	Tiene antecedente penal y policial	—	Reincidencia	12	12-20
	12	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	7	12-20
	13	Ser joven	—	Tentativa Confesión. Confesión sincera	6	12-20
	14	—	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión sincera	4	12-20
	15	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar	Responsabilidad restringida Confesión.	8	12-20
	16	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Confesión.	8	12-20
	17	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	8	12-20
	18	—	—	Responsabilidad restringida	13	12-20
	19	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Inimputabilidad relativa Confesión.	7	12-20
	20	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa No trabaja	No está dentro de responsabilidad restringida	10	12-20
	21	—	Carencia social No trabaja	Confesión. Reincidencia	15	12-20

EXPEDIENTES	22	Carencia de antecedente penal Mínima participación	Arraigo familiar Secundaria incompleta	Confesión.	4	12-20
	23	—	—	Confesión sincera. Arrepentimiento Reincidencia	6	12-20
	24	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Impacto social Confesión. Confesión sincera	7	12-20
	25	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Responsabilidad restringida Impacto social Confesión. Confesión sincera	5	12-20
	26	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	7	12-20
	27	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión.	6	12-20
	28	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión. Confesión sincera No se encuentra dentro de responsabilidad restringida	6	12-20
	29	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	30	—	Víctima no recupero sus bienes Trabaja	Confesión.	17	12-20
	31	Carencia de antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes No trabaja	Confesión.	17	12-20
	32	Carencia de antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes No trabaja	Confesión.	17	12-20
	33	Tiene antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes No trabaja	Confesión.	17	12-20

EXPEDIENTES	34	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento Tentativa	5	12-20
	35	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	12	12-20
	36	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	37	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Confesión.	7	12-20
	38	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida	7	12-20
	39	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Víctima no recupero sus bienes	Responsabilidad restringida	12	12-20
	40	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Víctima no recupero sus bienes	—	12	12-20
	41	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera. Tentativa Impacto social	8	12-20
	42	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera. Arrepentimiento	8	12-20
	43	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera Tentativa	8	12-20
	44	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Reincidencia	11	12-20
	45	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Reincidencia	9	12-20
	46	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Responsabilidad restringida	6	12-20

EXPEDIENTES	47	—	Secundaria incompleta Arraigo familiar Conviviente	Tentativa Confesión. Confesión sincera	6	12-20
	48	Tiene antecedente penal y policial	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Confesión.	8	12-20
	49	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	7	12-20
	50	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	6	12-21
	51	Tiene antecedente penal Está siendo procesado	—	Criterio de autoría (directo)	12	12-20
	52	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	7	12-20
	53	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida	5	12-20
	54	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria completa	Confesión.	4	12-20
	55	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	56	Carencia de antecedente penal Medio empleado	—	Confesión. Responsabilidad restringida Tentativa	5	12-20
	57	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Tentativa Confesión. Confesión sincera No está dentro de responsabilidad restringida	6	12-20
	58	Carencia de antecedente penal Colaboración	—	Tentativa Confesión. Confesión sincera	4	12-20

EXPEDIENTES	59	Tiene antecedente penal	Trabaja Primaria incompleta	Reincidencia	20	12-20
	60	Carencia de antecedente penal Carencia de otro tipo de antecedente	—	Confesión.	15	12-20
	61	Carencia de antecedente penal Carencia de otro tipo de antecedente	—	Confesión.	15	12-20
	62	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja Arraigo familiar	Confesión. Confesión sincera	6	12-20
	63	Tiene antecedente penal y policial Ser joven	—	Confesión.	8	12-20
	64	Carencia de antecedente penal	—	—	12	12-20
	65	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida	9	12-20
	66	Carencia de antecedente penal	—	—	4	12-20
	67	—	—	Tentativa No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	5	12-20
	68	Carencia de antecedente penal	—	No está dentro de Responsabilidad restringida	8	12-20
	69	Tiene antecedente penal	—	Reincidencia Confesión.	5	12-20
	70	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Reincidencia	5	12-20
	71	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Reincidencia	30	12-20/ Cadena perpetua
	72	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	5	12-20
	73	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	5	12-20

EXPEDIENTES	74	Carencia de antecedente penal Carencia de otro tipo de antecedentes Ser joven	—	—	10	12-20
	75	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión. Arrepentimiento	15	12-20
	76	—	—	Principio de responsabilidad	20	12-20
	77	Carencia de antecedente penal	—	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	5	12-20
	78	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	10	12-20
	79	—	Secundaria completa No trabaja Arraigo familiar	Confesión.	10	12-20
	80	—	Secundaria completa Trabaja	Confesión. Reincidencia	10	12-20
	81	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	—	—	12	12-20
	82	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	—	—	15	12-20
	83	Tiene antecedente penal Circunstancias de modo de comisión del delito	—	Reincidencia	14	12-20
	84	Tiene antecedente penal Circunstancias de modo de comisión del delito	—	Reincidencia	12	12-20
	85	Ser joven	—	—	20	12-20
	86	Tiene antecedente penal Ser joven	—	Reincidencia	12	12-20
	87	Carencia de antecedente penal, tiene antecedente policial Ser joven	—	—	10	12-20
	88	Tiene antecedente policial	—	Confesión sincera.	7	12-20

EXPEDIENTES	89	Carencia de antecedente penal	Trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20
	90	Carencia de antecedente penal	Trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20
	91	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Confesión. Arrepentimiento	7	12-20
	92	Carencia de antecedente penal	—	—	7	12-20

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas o que el órgano jurisdiccional respectivo no lo(s) observó. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 1, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración en la graduación de la pena, principalmente las condiciones personales del agente, particularmente los antecedentes penales y judiciales y la edad, particularmente la juventud del agente. En la segunda columna, denominada “valoración de criterios del artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración el grado de educación o de instrucción del procesado así como la actividad a que se dedica. En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración la responsabilidad restringida (interpretada positiva y negativamente), el impacto social que generó la comisión del delito y la confesión (sincera), más en la acepción de aceptación de cargos imputados que como medio de prueba (regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales).⁽²⁶⁸⁾

(268) Conviene precisar aquí, que por *Confesión* ha de entenderse como sinónimo de aceptación de cargos imputados, confesión referida a Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso [p. ej., confesión establecida en la Ejecutoria Suprema (vinculante) N° 1766-2004-Callao del 21 de setiembre de 2004]; mientras por *Confesión sincera* ha de entenderse como sinónimo de declaración autoinculpatoria –con todas las características de la sinceridad de la confesión, establecida en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18

Paradójicamente a esta realidad, el órgano jurisdiccional impuso penas que están por debajo del extremo mínimo de pena conminada (o básica) del delito de robo en la modalidad agravada. Estos criterios no solo se observan *prima facie* en este delito, sino en los otros delitos, como el homicidio calificado y la violación sexual de menor de edad,⁽²⁶⁹⁾ en el proceso de graduación judicial de la pena.

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta”, se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de acuerdo a los criterios que se señalan en la tabla 1, a cada autor y partícipe, en las 92 sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, del delito de robo en la modalidad agravada; de las cuales en 11 casos (sentencias) impuso 4 años de pena, en otros 12 casos impuso 5 años de pena, en otros 9 casos impuso 6 años de pena, en otros 11 casos impuso 7 años de pena, en otros 12 casos impuso 8 años de pena, en otros 2 casos impuso 9 años de pena, en otros 8 casos impuso 10 años de pena, en otro caso (1) impuso 11 años de pena, en otros 10 casos impuso 12 años de pena, en otros 2 casos impuso 14 años de pena, en otro caso (1) impuso 13 años de pena, en otros 5 casos impuso 15 años de pena, en otros 4 casos impuso 17 años de pena, en otros 3 casos impuso 20 años de pena,

de julio de 2008, fundamento 21 et seq. –, regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. (Véase Rojas, 2012, pp. 804/812-814)

(269) Conviene precisar aquí, respecto a la observancia (tomar en cuenta) de la responsabilidad restringida en el delito de violación sexual de menor de edad. Al respecto se puede afirmar, que este criterio sí puede ser tomado en cuenta en el momento de la graduación de la pena, por el órgano jurisdiccional, siempre y cuando la norma del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal introduce una discriminación –desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente–, que impide un resultado jurídico legítimo, de lo contrario, el órgano jurisdiccional no la puede observar (Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 11). La norma del segundo párrafo del mencionado artículo establece, que la responsabilidad restringida no es observable en determinados delitos como, por ejemplo, los que estén sancionados con penas privativas de libertad no menor de 25 años o de cadena perpetua.

en otro caso (1) impuso 30 años de pena.

En la quinta columna, denominada “pena conminada”, se observan las penas conminadas (o básicas) del delito de robo en la modalidad agravada (que en la mayoría de los casos analizados fue en la modalidad, a mano armada, otra cantidad considerable fue con el concurso de dos o más personas, y uno que otro caso fue en agravio de menor de edad); siendo estas, la pena privativa de libertad temporal, que oscila de 12 a 20 años, y la pena privativa de libertad intemporal, la cadena perpetua.⁽²⁷⁰⁾

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 1, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en la mayoría de los casos (sentencias) analizados de expedientes del 2010, en el delito de robo en la modalidad agravada,⁽²⁷¹⁾ el órgano jurisdiccional no siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena; no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados;⁽²⁷²⁾ realizó una doble valoración de las circunstancias

(270) Conviene precisar aquí, que estas penas conminadas (o básicas) son para los casos que se analizaron en expedientes del 2010. No se debe confundir las penas conminadas (o básicas) del delito de robo en la modalidad agravada, que oscilan entre 12 y 20 años y entre 20 y 30 años y la cadena perpetua.

(271) La cantidad de sentencias condenatorias analizadas, equivalen a 64 expedientes del año 2010. Según información (adicional) que nos proporcionó la Gerencia de Informática General del Poder Judicial, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, la cantidad total de expedientes de robo en la modalidad agravada con sentencia firme en el 2010 fue de 670, que comparado con la primera cantidad equivale porcentualmente a 9.5% aproximadamente, constituyendo ello un porcentaje de considerable importancia para los fines que interesa.

(272) Más adelante se mostrará otra tabla donde se observará tanto los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto como los criterios no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, y se verá como todos estos criterios –que obran en los expedientes analizados– coadyuvan trascendentalmente a imponerse una pena distinta a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, que por cuestiones didácticas se le denominó, pena predicha.

agravantes específicas (estaban previstas al sancionar el tipo penal o que estas sean elementos constitutivos del hecho punible); realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales y una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento; y realizó una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente, y la responsabilidad restringida (artículo 22° CP).⁽²⁷³⁾ Esta situación será igual en los otros delitos analizados (violación sexual de menor de edad y homicidio calificado), y no solo en expedientes del 2010 sino también en expedientes del 2011, tal como más adelante se explicará.

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano jurisdiccional no siguió algún procedimiento o metodología en la mayoría de 92 casos analizados de expedientes del 2010 (esto es, el 96.74%) en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽²⁷⁴⁾ solo se limitó a señalar

(273) No está demás mencionar, que los casos analizados, cierta cantidad, terminaron de manera anticipada (por aplicación de la Conclusión Anticipada del Proceso-Ley N° 28122 o por confesión de imputado), siendo una de las características de este tipo de procesos es que tienen como base criterios de oportunidad y el principio del consenso además, no existe actuación probatoria respecto a la responsabilidad penal de procesado o del hecho punible; el órgano jurisdiccional gradúa –o debe graduar– la pena diligentemente tomando en cuenta todos los criterios presentes o concurrentes en el caso concreto. La pena graduada en estos casos va a ser atenuada, pero la misma no necesariamente tiene que estar por debajo del mínimo legal, conforme se colige del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008. Como se verá más adelante, en los casos analizados esto no sucedió, la mayoría de las penas impuestas son ínfimas, y están por debajo del extremo mínimo de pena conminada del respectivo delito.

(274) Este Acuerdo Plenario publicado en El Peruano del 3 de noviembre de 2008 es de cumplimiento obligatorio, en la praxis judicial, para todos los órganos jurisdiccionales

determinados criterios de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional, en todos los casos (sentencias condenatorias) analizados, haya procedido al azar en la graduación de la pena. En caso de concurso de delitos (hubo en 5 expedientes), el órgano jurisdiccional tampoco ha seguido el procedimiento exigido en el mencionado acuerdo plenario, sobre todo del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fundamento 7) y el artículo 50° del Código Penal (concurso real de delitos).

El órgano jurisdiccional no valoró (observó) todos los criterios (genéricas o específicas, cualificadas o no) que estaban presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 9); a propósito de esto, más adelante se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta, reflejándose ello en la pena proyectada, denominada “pena predicha”.

El órgano jurisdiccional realizó una doble valoración de las circunstancias (criterios) agravantes específicas, toda vez que estas estaban previstas al sancionarse el tipo penal del robo en la modalidad agravada o que estas sean elementos constitutivos de este delito como, por ejemplo, la violencia empleada por los delincuentes contra la víctima; y un caso particular de esta se dio en el caso de concurrencia de circunstancias agravantes (específicas) que aludían un mismo factor; no obstante, que son incompatibles fueron

penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier tipo de procesos; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellos casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), cuya exigencia el órgano jurisdiccional no las consideró en los casos analizados.

valorados por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, contraviniendo la exigencia del artículo 46, párrafo primero, del Código Penal, así como el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010. El párrafo primero del artículo acotado establece, que el juez para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad (...). Mientras que, el mencionado acuerdo plenario establece que, en caso de concurrencia de circunstancias agravantes que aluden a un mismo factor, “ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá la genérica.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116, 2010).⁽²⁷⁵⁾ De esta manera el órgano jurisdiccional ha infringido la cláusula de prohibición de doble valoración (de criterios o circunstancias), establecida en el artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal, ahora, con la modificatoria, por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, del mencionado artículo, entre otros, está prevista en el párrafo segundo del artículo 45-A del mencionado Código Penal así como en los numerales 1 y 2 del modificado artículo 46° de este Código Penal.

El órgano jurisdiccional en la mayoría de los casos analizados (33) realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, toda vez que la declaración autoinculpatoria (confesión) de los

(275) Este Acuerdo Plenario, trata sobre la concurrencia de circunstancias agravantes específicas de distinto nivel o grado en los delitos con distintas categorías de agravantes, particularmente en el delito de robo en la modalidad agravada (art. 189° del CP), sin perjuicio también en los delitos de hurto en su modalidad agravada (art. 186° del CP), el secuestro (art. 152° del CP) y el tráfico ilícito de drogas (art. 297° del CP). Un ejemplo de esto, es la circunstancia agravante establecido en el inciso 4 del artículo 189° [“Con el concurso de dos o más personas”] del Código Penal y la pluralidad de agentes, establecido en el numeral 7 del artículo 46° del mencionado Código.

procesados no cumplía con las características de ser completa, veraz, persistente, oportuna y de cierta relevancia, establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 21, párrafo tercero), como tal no se debió disminuir la pena impuesta por debajo del mínimo legal, en la mayoría de estos casos; asimismo, aplicó inadecuadamente la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, en casi la mitad (24) de los 65 casos en que aplicó la mencionada Ley, toda vez que no hubo aceptación de cargos imputados de manera firme y contundente de parte de los procesados en todo el proceso penal, esto es, no cumplió con los requisitos externos o internos que debe reunir una confesión, conforme lo exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 19, párrafo segundo).

El órgano jurisdiccional en los casos analizados realizó una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente, y la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° Código Penal; es decir, se interpretaba en sentido negativo dichos criterios bien para incrementar la pena a imponerse, bien para no disminuir (más) la pena a imponer al procesado como, por ejemplo, cuando este no tiene antecedentes penales se le impuso o imponía una pena por debajo del extremo mínimo de pena conminada (del respectivo delito) pese a la no concurrencia de algún criterio atenuante, pero cercano a ella (en caso de una conclusión anticipada del proceso), esto era independientemente si haya confesado el hecho punible;⁽²⁷⁶⁾ de la misma manera, se hacía con la responsabilidad restringida “que como la edad del procesado no está dentro de los 18 y 21 años de edad,

(276) Adicionalmente, el órgano jurisdiccional parece no haber considerado, ante la concurrencia de elementos personales del procesado (antecedentes penal, antecedente judicial y antecedente policial), el diferente efecto penológico que tienen estos; de igual manera, también lo hizo respecto de algunos elementos altamente personales, como la condición económica y social del procesado, no consideró el diferente efecto penológico que tienen estos.

resulta justificado no disminuirle la pena” o, en el peor de los casos, se señalaba (en la sentencia penal respectiva) “como no concurre ninguna causal de eximencia de responsabilidad penal, resulta justificado imponerle tal o cual pena”. Interpretación que no debió darse ni debe darse en el futuro.

En conclusión, que como consecuencia de la valoración inadecuada de la confesión sincera (del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales) y la aplicación inadecuada de la Conclusión Anticipada del Proceso, Ley N° 28122, así como la no observancia, por parte del órgano jurisdiccional, de los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/CJ-116, N° 5-2008/CJ-116, N° 4-2009/CJ-116 y N° 2-2010/CJ-116, y todos los criterios presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; la mayoría de los casos analizados las penas impuestas son ínfimas y están por debajo del extremo mínimo de pena conminada (o básica) del delito de robo en la modalidad agravada, solo en 3 casos no están por debajo del este extremo mínimo (penas ya adecuadas a la culpabilidad (Demetrio,1999, pp. 188-189)). Esta situación (penas ínfimas y por debajo del extremo mínimo de pena conminada) es criticable y preocupante, toda vez que no favorece el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional, que imponga penas por debajo del extremo mínimo de pena conminada (del delito robo en la modalidad agravada) menos penas ínfimas, e incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

Por otro lado, esta situación tampoco está comprendida dentro del supuesto que, por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado,⁽²⁷⁷⁾ el órgano jurisdiccional está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, p. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109).

En las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, los hechos eran graves e incluso, algunos de los autores o partícipes condenados eran reincidentes o habituales, además el promedio de edades de las personas condenadas era aproximadamente de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años).

La situación antes mencionada, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista; sino, desde una perspectiva de política criminal, refleja, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (ínfimas y por debajo del extremo mínimo de pena conminada); premiación que se dio en 19 casos (sentencias) en expedientes del 2010, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas concurrentes, pero sobre todo de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y, sobre todo, resulta preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos contra el patrimonio como, el robo cuyo tipo

(277) El autor Sergio Moccia (2003, p. 109) señala respecto a *la no desocialización*, parafraseando a Alfonso Stile, que ella se convierte en un aspecto de importancia basal en el ámbito de una teoría normativa de la pena funcional a las exigencias del Estado Social de Derecho. (Ver Nota 308 de la página citada, para mayor información al respecto).

penal básico está previsto en el artículo 188° del Código Penal, pero particularmente en el robo en la modalidad agravada, establecido en el artículo 189° del mencionado Código. Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 2:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de robo en la modalidad agravada.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Impacto social Confesión.	12	12-20	9
	2	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Impacto social Confesión.	14	12-20	9
	3	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida. Confesión sincera Tentativa.	4	12-20	5
	4	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida. Confesión sincera Tentativa	4	12-20	5
	5	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión.	8	12-20	8
	6	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión.	8	12-20	8

EXPEDIENTES	7	—	Secundaria completa	Confesión. Reincidencia	8	12-20	11
	8	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente	Confesión.	10	12-20	9
	9	—	Secundaria incompleta. Arraigo familiar	Habitual. Confesión.	10	12-20	14
	10	Carencia de antecedente penal	Técnica incompleta	Confesión sincera. Responsabilidad restringida Nocividad social	4	12-20	6
	11	Tiene antecedente penal y policial	—	Reincidencia	12	12-20	10
	12	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	7	12-20	6
	13	Ser joven	—	Tentativa Confesión. Confesión sincera	6	12-20	7
	14	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión sincera	4	12-20	7
	15	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Responsabilidad restringida Confesión	8	12-20	7
	16	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Responsabilidad restringida Confesión.	8	12-20	7
	17	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión. Confesión sincera	8	12-20	8
	18	—	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión	13	12-20	11
	19	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. No trabaja. Víctima recupero parte de sus bienes	Inimputabilidad relativa. Confesión.	7	12-20	2
	20	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa. No trabaja. Víctima recupero parte de sus bienes	No está dentro de responsabilidad restringida	10	12-20	8
	21	—	Carencia social. No trabaja	Confesión. Reincidencia	15	12-20	14

EXPEDIENTES	22	Carencia de antecedente penal. Mínima participación	Arraigo familiar. Secundaria incompleta	Confesión.	4	12-20	9
	23	—	—	Confesión sincera. Arrepentimiento Reincidencia	6	12-20	9
	24	Carencia de antecedente penal y judicial	Arraigo familiar. Conviviente Trabaja	Impacto social. Confesión. Confesión sincera	7	12-20	7
	25	Carencia de antecedente penal y judicial	Arraigo familiar. Conviviente. Trabaja	Responsabilidad restringida. Impacto social. Confesión. Confesión sincera	5	12-20	4
	26	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida. Confesión. Confesión sincera	7	12-20	7
	27	Carencia de antecedente penal y judicial	Arraigo familiar. Conviviente	Confesión.	6	12-20	8
	28	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión. Confesión sincera No se encuentra dentro de responsabilidad restringida	6	12-20	6
	29	Carencia de antecedente penal	Trabaja	Confesión. Confesión sincera	4	12-20	7
	30	Carencia de antecedente penal y judicial	Víctima no recupero sus bienes. Trabaja. Secundaria completa	Confesión.	17	12-20	11
	31	Carencia de antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes. No trabaja. Secundaria incompleta	Confesión.	17	12-20	12
	32	Carencia de antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes. No trabaja. Secundaria incompleta	Confesión.	17	12-20	12

EXPEDIENTES	33	Tiene antecedente judicial	Víctima no recupero sus bienes. No trabaja. Secundaria incompleta	Confesión.	17	12-20	14
	34	Carencia de antecedente penal y judicial	Secundaria completa. No trabaja. Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida. Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento. Tentativa	5	12-20	3
	35	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Responsabilidad restringida. Confesión. Confesión sincera	12	12-20	4
	36	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta. No trabaja. Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida. Tentativa. Confesión. Confesión sincera	4	12-20	3
	37	Carencia de antecedente penal	Carencia social. No trabaja	Responsabilidad restringida. Confesión.	7	12-20	8
	38	Carencia de antecedente penal	Trabaja. Secundaria completa	Responsabilidad restringida	7	12-20	7
	39	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Víctima no recupero sus bienes. Conviviente	Responsabilidad restringida	12	12-20	10
	40	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Víctima no recupero sus bienes	—	12	12-20	12
	41	Tiene antecedente penal	Secundaria completa. Arraigo familiar. Conviviente. No trabaja	Confesión. Confesión sincera Tentativa. Impacto social	8	12-20	5
	42	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. Conviviente. Victima no recupero sus bienes	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	8	12-20	8
	43	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. Victima	Confesión. Confesión sincera Tentativa	8	12-20	4

EXPEDIENTES			recupero sus bienes. No trabaja				
	44	Tiene antecedente penal	Secundaria completa. No trabaja	Confesión. Reincidencia	11	12-20	8
	45	Tiene antecedente penal	Secundaria completa. Arraigo familiar. Trabaja	Confesión. Reincidencia	9	12-20	8
	46	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Trabaja	Confesión. Responsabilidad restringida	6	12-20	11
	47	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. Conviviente. Víctima recupero sus bienes	Tentativa. Confesión. Confesión sincera	6	12-20	3
	48	Tiene antecedente penal y policial	Secundaria incompleta. Arraigo familiar	Confesión.	8	12-20	10
	49	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar Secundaria incompleta Carencia social No trabaja	Confesión. Confesión sincera. Arrepentimiento	7	12-20	5
	50	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar. Secundaria incompleta. Carencia social. No trabaja	Responsabilidad restringida. Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	6	12-20	6
	51	Tiene antecedente penal. Está siendo procesado	Arraigo familiar. Conviviente. Víctima no recupero sus bienes. No trabaja	Criterio de autoría (directo)	12	12-20	12
	52	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Víctima no recupero sus bienes	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	7	12-20	7
	53	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa. No trabaja. Victima recupero parte de sus bienes	Confesión No está dentro de responsabilidad restringida	5	12-20	6

EXPEDIENTES	54	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria completa. Víctima recupero parte de sus bienes. No trabaja	Confesión.	4	12-20	9
	55	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta. Víctima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida. Confesión. Confesión sincera	4	12-20	8
	56	Carencia de antecedente penal Medio empleado (menor de edad)	Secundaria incompleta. Víctima recupero parte de sus bienes. No trabaja	Confesión. Responsabilidad restringida. Tentativa	5	12-20	5
	57	Carencia de antecedente penal. Ser joven	Secundaria incompleta. No trabaja. Víctima recupero sus bienes	Tentativa. Confesión. Confesión sincera. No está dentro de responsabilidad restringida	6	12-20	1
	58	Carencia de antecedente penal. Colaboración	Trabaja. Víctima recupero sus bienes	Tentativa. Confesión. Confesión sincera	4	12-20	2
	59	Tiene antecedente penal	Trabaja. Primaria incompleta. Arraigo familiar. Conviviente. Víctima recupero parte de sus bienes	Reincidencia	20	12-20	13
	60	Carencia de antecedente penal. Carencia de otro tipo de antecedente	Arraigo familiar. Conviviente. Trabaja	Confesión.	15	12-20	9
	61	Carencia de antecedente penal. Carencia de otro tipo de antecedente	Primaria incompleta. Carencia social. No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión	15	12-20	12
	62	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. No trabaja. Arraigo familiar. Víctima recupero parte de sus	Confesión. Confesión sincera	6	12-20	8

EXPEDIENTES			bienes				
	63	Tiene antecedente penal y policial Ser joven	Secundaria completa. Conviviente. Arraigo familiar. Trabaja	Confesión.	8	12-20	8
	64	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. No trabaja. Arraigo familiar. Conviviente. Carencia social. Víctima recupero parte de sus bienes	—	12	12-20	11
	65	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Carencia social. No trabaja. Víctima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida	9	12-20	10
	66	Carencia de antecedente penal Ser joven	No trabaja. Carencia social. Secundaria incompleta. Víctima recupero sus bienes	—	4	12-20	8
	67	Carencia de antecedente penal y judicial	Secundaria completa. Arraigo familiar. Trabaja	Tentativa. No está dentro de responsabilidad restringida. Confesión.	5	12-20	4
	68	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Carencia social. Arraigo familiar. No trabaja	No está dentro de responsabilidad restringida	8	12-20	10
	69	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. Carencia social. No trabaja. Víctima recupero sus bienes. Arraigo familiar. Conviviente	Reincidencia. Confesión.	5	12-20	10

EXPEDIENTES	70	Tiene antecedente penal	Primaria incompleta. Carencia social. No trabaja. Víctima recupero sus bienes. Arraigo familiar. Conviviente	Confesión. Reincidencia	5	12-20	10
	71	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar. Víctima recupero parte de sus bienes. No trabaja	Confesión. Reincidencia	30	12-20/ Cadena perpetua	23
	72	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar. Secundaria completa. No trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20	5
	73	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar. Secundaria completa. No trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20	5
	74	Carencia de antecedente penal. Carencia de otro tipo de antecedentes Ser joven	No trabaja. Conviviente Carencia social. Secundaria incompleta Víctima no recupero sus bienes	—	10	12-20	11
	75	Carencia de antecedente penal y judicial	No trabaja. Carencia social. Arraigo familiar. Secundaria incompleta. Condición de la víctima	Confesión Arrepentimiento Condición de la víctima	15	12-20	7
	76	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. No trabaja. Conviviente	Principio de responsabilidad	20	12-20	14
	77	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa. Arraigo familiar. Trabaja	No está dentro de responsabilidad restringida. Confesión	5	12-20	6

EXPEDIENTES	78	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. Conviviente	Confesión. Confesión sincera	10	12-20	8
	79	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa. No trabaja. Arraigo familiar	Responsabilidad restringida. Confesión.	10	12-20	6
	80	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa. Trabaja	Confesión. Reincidencia	10	12-20	6
	81	Carencia de antecedente penal y judicial. Ser joven	Víctima no recupero sus bienes	—	12	12-20	11
	82	Carencia de antecedente penal y judicial. Ser joven	Víctima no recupero sus bienes	—	15	12-20	11
	83	Tiene antecedente penal. Circunstancias de modo de comisión del delito	No trabaja. Secundaria incompleta. Arraigo familiar	Reincidencia.	14	12-20	13
	84	Tiene antecedente penal. Circunstancias de modo de comisión del delito	Superior completa. Conviviente	Reincidencia.	12	12-20	14
	85	Ser joven	Arraigo familiar. No trabaja	—	20	12-20	13
	86	Tiene antecedente penal. Ser joven	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. No trabaja. Víctima no recupero sus bienes	Reincidencia.	12	12-20	12
	87	Carencia de antecedente penal, tiene antecedente policial. Ser joven	Secundaria incompleta. Trabaja. Víctima no recupero sus bienes	—	10	12-20	12
	88	Tiene antecedente policial	Primaria Completa	Confesión sincera	7	12-20	10

EXPEDIENTES	89	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20	5
	90	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Trabaja	Confesión. Confesión sincera	5	12-20	5
	91	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria completa	Confesión. Arrepentimiento	7	12-20	8
	92	Carencia de antecedente penal	Víctima recupero parte de sus bienes. Trabaja	—	7	12-20	10

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 2, que existen más criterios que en la tabla 1 y que se adicionó una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se ha adicionado criterios que se refieren mayoritariamente, al grado de educación (cultura) o instrucción del procesado, su ocupación (situación económica), su arraigo social y sus condiciones personales, a los criterios que fueron tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena.⁽²⁷⁸⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (denominada “pena predicha”), se observa que las penas señaladas en dicha columna son mayoritariamente distintas a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los respectivos casos analizados, siendo que en

(278) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

44 casos las respectivas penas proyectadas han disminuido, mientras que en 30 casos las respectivas penas proyectadas han aumentado, y en el resto (18 casos) las respectivas penas proyectadas se han mantenido (son iguales a las penas originarias). La obtención de estas penas se realizó mediante el modelo de elección discreta, específicamente el modelo Tobit censurado normal o simple que forma parte de la econometría (ver Nota 262 del presente capítulo, para mayor información respecto a la Econometría). Este modelo consideró que la “pena impuesta” es una variable (cuantitativa) que depende de otras variables explicativas de naturaleza cualitativa como son los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de graduación de la pena, y que la “pena predicha” (variable cuantitativa) depende tanto de los criterios tomados en cuenta como por los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena,⁽²⁷⁹⁾ utilizando la técnica Dummy o ficticias se pronosticó la pena respectiva (Véase los apartados 1 y 2 del presente capítulo, para mayor información al respecto.)⁽²⁸⁰⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 1), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

(279) Resulta necesario precisar aquí, que el cálculo de la “pena predicha” mediante el modelo econométrico seleccionado, se realizó sobre la totalidad de todos los criterios (observados y no observados), de todos los delitos que comprende el objeto de la presente tesis.

(280) Asimismo, conviene precisar aquí 2 cosas importantes. Uno, la utilización de técnica de la econometría ha permitido considerar a las penas conminadas o básicas, según sea el caso, de cada delito –y las respectivas penas impuestas– como variables, con la finalidad de pronosticar una pena más cercano a lo justo (promedio), denominado “pena predicha”. Precisamente la econometría pronostica con seguridad, fenómenos no solo de naturaleza económica, sino sociales (“modelo econométrico de criminalidad”), como el comportamiento de los individuos, entre ellos los jueces a la hora de imponer una determinada pena al delincuente. Y dos, cuando la pena conminada es la cadena perpetua, se asumió convenientemente una pena temporal de 35 años, y si el órgano jurisdiccional impuso la cadena perpetua, el sistema (el modelo econométrico empleado) asumió que se trata de una pena de 35 años.

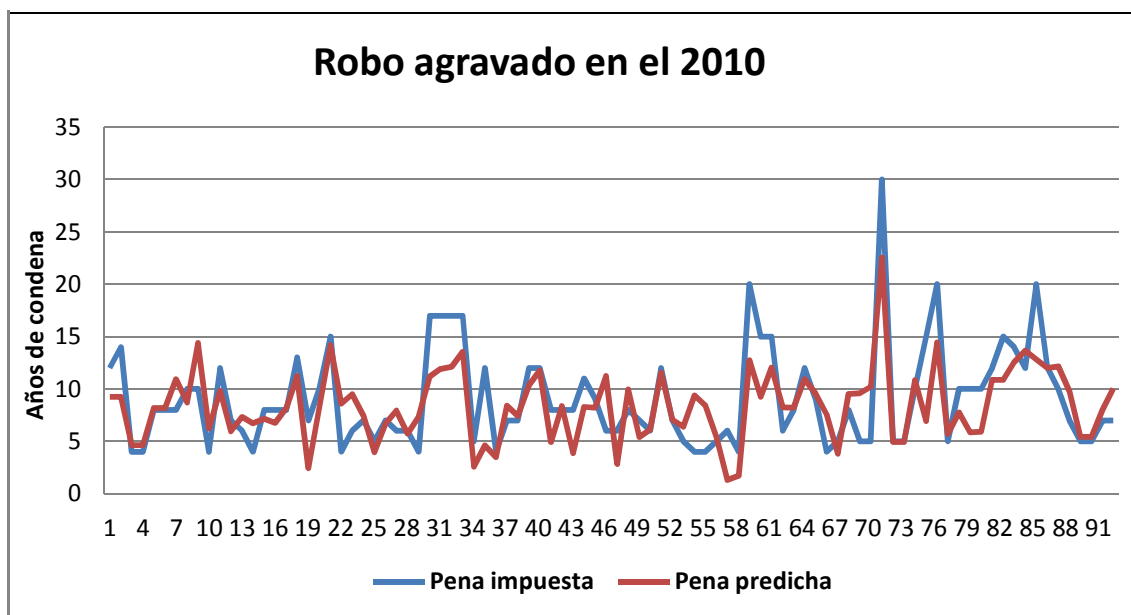


Figura 1. Delito de robo agravado en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias y otros actuados (expedientes de 2010) de 13 juzgados y 4 salas penales.
Elaboración: Autor.

Se observa en la representación gráfica (figura 1), que la curva (poligonal) de color azul es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, es bastante variable no obstante, que en ciertas ocasiones se mantuvo constante (penas iguales cuantitativamente), siendo una de las manifestaciones de esta curva el ascenso de la pena impuesta (de 20 a 30 años de pena) y las demás variaciones (oscilaciones) que experimenta esta pena, que no son tan elevadas (no supera los 20 años de pena); mientras la curva (poligonal) de color rojo, esto es, la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios presentes en los expedientes analizados, se mantuvo regularmente oscilante, pero no tanto como la pena impuesta, ello quiere decir que la “pena predicha” no están variable como la pena impuesta; no obstante que, en ciertas ocasiones se mantuvo constante (la pena originaria se ha mantenido), siendo una de las manifestaciones de esta curva el descenso (de 2 días a 5 años de pena) y ascenso (de 5 a 23 años de pena) y las demás variaciones (oscilaciones) que experimenta esta pena, que no son tan elevadas ni

descienden hasta cierto límite mínimo (de 5 años de pena). He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) presentes o concurrentes en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados.

A.2). Delito de Violación Sexual de Menor de Edad en Expedientes de 2010

Tabla 3:

Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de violación sexual de menor de edad.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	—	—	Confesión. Confesión sincera	33	Cadena perpetua
	2	Carencia de antecedente penal	Primaria completa	Tentativa Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida	25	Cadena perpetua
	3	—	—	Tentativa. Arrepentimiento. Confesión.	12	25-30
	4	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta. Trabaja	Confesión. Arrepentimiento	35	Cadena perpetua
	5	Carencia de antecedentes penal y judicial Ser joven	—	Responsabilidad restringida. Confesión.	20	25-30
	6	Tiene antecedente penal. Procesos pendientes	—	Confesión.	20	25-30

EXPEDIENTES	7	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta. Arraigo familiar. Situación de la víctima	Confesión. Arrepentimiento	20	25-30
	8	Carencia de antecedente penal	—	—	35	Cadena perpetua
	9	—	Arraigo familiar	—	30	30-35
	10	—	—	Inimputabilidad relativa	30	30-35
	11	—	—	Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida. Arrepentimiento	30	Cadena perpetua
	12	Carencia de antecedente penal	—	Impacto social	20	Cadena perpetua
	13	Carencia de antecedente penal. Circunstancia de ocasión de comisión del delito	—	Confesión. Confesión sincera	30	Cadena perpetua

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas o que el órgano jurisdiccional respectivo no lo(s) observó. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 3, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración principalmente en la graduación de la pena, las condiciones personales del procesado, específicamente la carencia de antecedentes penales, las circunstancias de ocasión de comisión del delito y la edad del procesado (ser joven, en 2 casos). En la segunda columna, denominada “valoración de criterios del artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración principalmente, el grado de instrucción o de educación del procesado y su arraigo familiar. En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración principalmente, la confesión sincera (más en la acepción de aceptación de cargos

imputados que como medio de prueba)⁽²⁸¹⁾ y el arrepentimiento. Estos criterios observados (tomados en cuenta) por el órgano jurisdiccional no son tan numerosos como en el delito de robo en la modalidad agravada de expedientes del 2010, explicándose el mismo en la diferencia de delitos y en los bienes jurídicos protegidos.⁽²⁸²⁾

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta”, se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de acuerdo a criterios que se señalan en la tabla 3, a cada autor y partícipe, en las 13 sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, del delito de violación sexual de menor de edad; de las cuales, en 4 casos impuso 30 años de pena, en otros 4 casos impuso 20 años de pena, en otros 2 casos impuso 35 años de pena; y, en el resto de casos impuso penas de 25, 33 y 12 años. En ninguno de los casos analizados, el órgano

(281) Conviene precisar aquí, que por *Confesión* ha de entenderse como sinónimo de aceptación de cargos imputados, confesión referida a Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso [p. ej., la confesión establecida en la Ejecutoria Suprema (vinculante) N° 1766-2004-Callao del 21 de setiembre de 2004]; mientras por *Confesión sincera* ha de entenderse como sinónimo de declaración autoinculpatória –con todas las características de la sinceridad de la confesión, establecida en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 21 et seq. –, regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. (Véase Rojas, 2012, pp. 804/812-814)

(282) En el delito de robo se protege el patrimonio, en el delito de homicidio (calificado) se protege la vida humana independiente; mientras, en el delito de violación sexual de menor de edad la indemnidad sexual, en cuanto a los incisos 1 y 2 del artículo 173° del Código Penal y en cuanto al inciso 3 de este artículo, hasta julio del 2012 se protegía también la indemnidad sexual, luego se protegerá la libertad sexual (de menores de 14 a 18 años de edad). (Véase el Acuerdo Plenario N° 01-2012/CJ-116 del 26 de marzo de 2012, para mayor información al respecto). A propósito, el inciso 3 del artículo 173° del mencionado Código fue declarado inconstitucional por el Tribunal Constitucional peruano mediante sentencia recaída en el Expediente N° 00008-2012-PI/TC [Pleno Jurisdiccional] del 12 de diciembre de 2012, y fue derogado este inciso del Código punitivo. (Véase la STC Exp. N° 00008-2012-PI/TC, con fecha de publicación 24 de enero de 2013, para mayor información al respecto)

jurisdiccional impuso una pena de cadena perpetua; claro, con esto último no significa que se esté a favor de imponerse penas graves o elevadas o algo parecido al respeto de la estricta legalidad, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de los condenados (como personas humanas) sino, todo lo contrario.

En la quinta columna, denominada “pena conminada” se observan que las penas conminadas del delito de violación sexual de menor de edad (que en la mayoría de las sentencias analizadas fue, cuando las víctimas tenían edades de menor de 10 años (inc. 1 del artículo 173° del CP), otro tanto fue cuando las víctimas tenían edades de no mayor de 14 años ni menor de 10 años (inc. 2 del artículo 173° del CP), y un caso fue cuando la víctima tenía una edad de no mayor de 18 años ni menor a 14 años (inc. 3 del artículo 173° del CP)); siendo que existen 2 clases de penas conminadas (o básicas) en este delito, una, privativa de libertad temporal y otra, privativa de libertad intemporal (la cadena perpetua); y en los expedientes analizados, hubo 7 casos donde la pena conminada es de cadena perpetua,⁽²⁸³⁾ y en tanto que en la otra clase de pena conminada, esto es, la privativa de libertad temporal, hubo 6 casos, que oscilan entre 25 a 30 años y 30 a 35 años.

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 3, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en ninguno de las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, en el delito de violación sexual de menor de edad, el órgano jurisdiccional siguió ningún procedimiento o metodología en el

(283) Precisando más aún, de los 7 casos que están sancionados con pena intemporal (cadena perpetua), uno de los 2 casos (sentencias), la Corte Suprema de Justicia de la República lo declaró nulo y reformándola, le impuso la cadena perpetua; mientras, el otro caso no fue impugnado. Lo expuesto aquí, se verá en la siguiente tabla (*Vide infra*), específicamente en la “pena predicha”.

momento de la determinación de la pena;⁽²⁸⁴⁾ no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados;⁽²⁸⁵⁾ realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento; realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales (debió imponer 35 años de pena en 2 casos que se analizó) así como una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente; y llamó la atención la valoración de la responsabilidad restringida, establecida en el artículo 22° del Código Penal, en el delito de violación sexual de menor de edad.⁽²⁸⁶⁾

(284) La cantidad de sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas, equivalen a 12 expedientes del año 2010. Según información (adicional) que nos proporcionó la Gerencia de Informática General del Poder Judicial, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, la cantidad total de expedientes de violación sexual de menor de edad con sentencia firme en el 2010 fue de 138, que comparado con la primera cantidad equivale porcentualmente a 8.6% aproximadamente, constituyendo ello un porcentaje de considerable importancia para el objeto de la presente tesis.

(285) Más adelante se mostrará otra tabla donde se observará tanto los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto como los criterios no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, y se observará como todos estos criterios –que obran en los expedientes analizados– coadyuvan trascendentalmente a imponerse una pena distinta a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, que por cuestiones didácticas se le ha denominado, pena predicha.

(286) No está demás mencionar, que los casos analizados (13), nueve terminaron de manera anticipada (por aplicación de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada Proceso o por confesión sincera del procesado), y el órgano jurisdiccional gradúa –o debe graduar– la pena diligentemente tomando en cuenta todos los criterios presentes o concurrentes en el caso concreto, que está en el respectivo expediente. La pena graduada en estos casos va a ser atenuada, pero la misma no necesariamente tiene que estar por debajo del mínimo legal y en su caso, la no aplicación de la cadena perpetua, conforme se colige del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008. Y el resto de casos (4) siguieron el trámite de un proceso ordinario o normal (con etapa probatoria, con contradictorio,

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano jurisdiccional no siguió algún procedimiento o metodología en los 13 casos analizados de expedientes del 2010 en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽²⁸⁷⁾ solo se limitó a señalar determinados criterios de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional haya procedido al azar en la graduación de la pena. En caso de concurso de delitos, entre las sentencias condenatorias analizadas hubo uno, el órgano jurisdiccional tampoco ha seguido el procedimiento exigido en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fj. 7), sobre todo del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 7) y el artículo 50° del Código Penal vigente (concurso real de delitos).

El órgano jurisdiccional no valoró (observó) todos los criterios (genéricas o específicas) que estaban presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fj. 9); a propósito de esto, más adelante se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta, reflejándose ello en la pena proyectada, denominada “pena predicha”.

etcétera). Más adelante se verán los resultados producto de la observancia o no observancia de todos los criterios presentes en los expedientes analizados por parte del órgano jurisdiccional.

(287) Este Acuerdo Plenario es de cumplimiento obligatorio, en la praxis judicial, para todos los órganos jurisdiccionales penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier clase de proceso; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellos casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fundamento 8), cuyas exigencias el órgano jurisdiccional no los consideró en los casos analizados.

El órgano jurisdiccional en casi la mitad (4) de los 9 casos en que aplicó la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, la aplicó inadecuadamente valga la redundancia, toda vez que la aceptación de cargos imputados por parte de los procesados no fue de manera firme y contundente en todo el proceso penal; es decir, la confesión de los procesados no cumplió con los requisitos externos o internos que exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 19, párrafo segundo).

El órgano jurisdiccional realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera previsto en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, en 2 casos en que los respectivos procesados confesaron el hecho punible; el primer caso, le impuso 33 años de pena privativa de libertad pese a que el procesado tenía antecedentes penales; y el segundo caso, le impuso una pena de 30 años de pena pese a la concurrencia de la responsabilidad restringida del procesado (18 años),⁽²⁸⁸⁾ no tomó en consideración este criterio; no obstante, que el procesado actuó con premeditación (circunstancia de ocasión de comisión del delito), esperó a que la víctima se encontrará sola para cometer del delito, y tenía secundaria incompleta. Ambos casos tenían como pena conminada la cadena perpetua.

(288) Conviene señalar aquí, que la realización del control difuso (inaplicación de la norma) por parte del órgano jurisdiccional, en este delito, es facultativo –mas no es obligatorio–, conforme lo establece el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 11 *in fine*. Supuesto en que se da, en caso de colisión entre el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal (excluye la aplicación de este criterio para determinados delitos, entre ellos la violación sexual [de menor de edad]) y el principio igualdad ante la ley [que habilitaría aplicar la responsabilidad restringida en todos los delitos, incluido el del violación sexual de menor de edad], claro, siempre y cuando los hechos no impliquen alguna discriminación para el procesado. El establecimiento de la cadena perpetua (como pena conminada) y en su caso, la aplicación, no constituyen actos discriminación.

El órgano jurisdiccional en los casos analizados realizó una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente, particularmente la juventud del procesado (edad) y la tenencia de procesos pendientes, toda vez que se les interpretaba en sentido positivo y en sentido negativo; así, por ejemplo, la juventud del procesado, en ciertos casos, se le interpretaba positivamente con la finalidad de no seguirle incrementándole la pena imponerse pese a que tenía una educación de primaria incompleta, además de carencia social, y en otros casos, se le interpretaba negativamente con la finalidad de no seguirle disminuyéndole la pena a imponerse pese a que tenía arraigo familiar (tenía 3 hijos); y la tenencia de procesos pendientes, se le interpretó negativamente con la finalidad de no seguirle disminuyéndole la pena a imponerse pese a que el procesado tenía primaria incompleta. Interpretación que no debió darse ni debe darse en el futuro.

Un aspecto particular que llama la atención es la valoración de la responsabilidad restringida establecida en el artículo 22° del Código Penal, que en 13 casos analizados se presentó en 4, pero el órgano jurisdiccional solo en 1 caso lo tomó en consideración (lo valoró) y en los otros 3 casos, no los tomó en consideración en el momento de la graduación de la pena respectiva; en estos últimos casos cabe una interrogante, ¿habrá realizado el órgano jurisdiccional control difuso⁽²⁸⁹⁾? Al respecto se puede señalar, que el

(289) El control difuso es una de las formas, valga la redundancia, de control de la constitucionalidad de las normas llevada a cabo, principalmente por el Poder Judicial, que consiste en la inaplicación de la norma legal en caso de incompatibilidad con la Constitución Política o la de la norma de inferior jerarquía. Así, lo señala el Tribunal Constitucional peruano (Exp. N° 01124-2001-PA/TC, 2002, fj. 13) citado por Gerardo Eto (2011, p. 216): (...). El difuso de la constitucionalidad de las normas constituye un poder-deber del Juez al que el artículo 138° de la Constitución habilita en cuanto mecanismo para preservar el

efecto atenuante de la responsabilidad restringida aparentemente estaría prohibida (su aplicación) en el delito de violación sexual de menor de edad por el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal, toda vez que tiene una pena conminada no menor de 25 años y de cadena perpetua;⁽²⁹⁰⁾ es aparente, porque existe el Acuerdo Plenario N° 4-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 11 *in fine*), que establece el carácter facultativo de la aplicación del control difuso, esto es, no es obligatorio para todos los jueces ordinarios su aplicación, cuando se presente una colisión entre el segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal y el principio igualdad ante la ley,⁽²⁹¹⁾ siempre y cuando la norma del párrafo segundo del mencionado artículo no se torne en discriminatorio para el procesado (desigualdad en el trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente), caso contrario, la realización del control difuso por parte del órgano jurisdiccional, sería (es) de carácter obligatorio. En 3 casos anteriormente mencionado, se considera fundadamente, el órgano jurisdiccional no realizó el control difuso sino, no la tomó en cuenta en el momento de la graduación de la pena en los respectivos casos; no obstante, que la Corte Suprema de Justicia de la República en su momento redujo la pena

principio de supremacía constitucional y, en general, el principio de jerarquía de las normas, enunciado en el artículo 51° de nuestra norma fundamental.

(290) Así se establece en el segundo párrafo del artículo 22° [Responsabilidad restringida por la edad] del Código Penal:

Podrá reducirse prudencialmente la pena señalada para el hecho punible cometido cuando el agente tenga más de dieciocho y menos de veintiún años, al momento de realizar la infracción.

Está excluido el agente que haya incurrido en delito de la libertad violación sexual, [...] u otro delito sancionado con pena privativa de libertad no menor de veinticinco años o cadena perpetua. (1991, art. 22°). Este artículo a la fecha fue modificado por el Decreto Legislativo N° 1181 del 27 de julio de 2015.

(291) Este principio (constitucional) habilitaría la aplicación de la responsabilidad restringida en todos los delitos, incluido el delito de violación sexual de menor de edad, siempre y cuando la norma del segundo párrafo del artículo 22° del Código Penal no se torne en discriminatorio (desigualdad de trato irrazonable y desproporcionado, sin fundamentación objetiva suficiente), que impide un resultado jurídico legítimo; caso contrario, la responsabilidad restringida no será aplicable a cualquier delito sino, a determinados delitos que la ley señale.

en 2 casos (los que fueron impugnados), de 30 años a 15 años de pena privativa de libertad, y el otro caso (no impugnado por el condenado) se mantuvo la pena, esto es, de 30 años.

En conclusión, que como consecuencia de la aplicación inadecuada de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, la valoración inadecuada de la confesión sincera (del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales), la no observancia por parte del órgano jurisdiccional del procedimiento de determinación de la pena en los casos analizados, procedimiento exigido por el Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, en los casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), y, de los criterios concurrentes (presentes) en los expedientes analizados, entre ellos la responsabilidad restringida; la mayoría de penas impuestas están por debajo del extremo mínimo de pena conminada (o básica) del delito de violación sexual de menor de edad respecto de los casos analizados de este delito, que tiene como pena conminada la privación de libertad temporal; no así respecto de los casos analizados donde este delito, tiene como pena conminada la cadena perpetua; y 1 caso donde la pena impuesta es ínfima.

La primera situación mencionada aunado a la situación de pena ínfima, es criticable y preocupante, toda vez que no está comprendida dentro del supuesto, que por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado, el órgano jurisdiccional está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, p. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena

correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109).

En las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, los hechos eran graves, además ha de considerarse el promedio de edades de las personas condenadas, era aproximadamente de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años).

Por otro lado, la situación antes mencionada, tampoco es aceptable, toda vez que no favorece el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional, que imponga penas por debajo del extremo mínimo (de pena conminada del delito respectivo), e incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

La situación antes mencionada, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista; sino, desde una perspectiva de política criminal, refleja, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (por debajo del extremo mínimo de pena conminada); premiación que se hace más evidente en 1 caso que se dio (pena es ínfima) en expedientes del 2010, claro, que no es una cantidad considerable, pero se dio, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas concurrentes, pero sobre todo de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y, sobre todo, resulta también preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos de violación sexual de menor de edad, establecido en el artículo 173° del Código Penal. Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido

al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 4:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de violación sexual de menor de edad.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46º CP	Valoración del art. 45º CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	33	Cadena perpetua	26
	2	Carencia de antecedente penal	Primaria completa	Tentativa Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida	25	Cadena perpetua	26
	3	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta	Tentativa Arrepentimiento Confesión.	12	25-30	19
	4	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta Trabaja Arraigo familiar Conviviente	Confesión. Arrepentimiento	35	Cadena perpetua	26
	5	Carencia de antecedentes penal y judicial Ser joven	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión.	20	25-30	20
	6	Tiene antecedente penal Procesos pendientes	No trabaja Carencia social Primaria incompleta	Confesión.	20	25-30	24

EXPEDIENTES	7	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Situación de la víctima (leve retardo mental)	Confesión. Arrepentimiento	20	25-30	20
	8	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	—	35	Cadena perpetua	29
	9	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar No trabaja	Responsabilidad restringida	30	30-35	28
	10	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Inimputabilidad relativa Responsabilidad restringida	30	30-35	25
	11	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Trabaja	Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida Arrepentimiento	30	Cadena perpetua	26
	12	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente Trabaja Secundaria incompleta	Impacto social	20	Cadena perpetua	30
	13	Carencia de antecedente penal Circunstancia de ocasión de comisión del delito	No trabaja Secundaria incompleta	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida	30	Cadena perpetua	25

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 4, que existen más criterios que en la tabla 3 y se ha adicionado una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se han adicionado criterios que se refieren mayoritariamente, al grado de educación (cultura) o instrucción del procesado, su ocupación (situación económica), su arraigo social, sus condiciones personales y la responsabilidad restringida del procesado, a los criterios que fueron tomados en cuenta

por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena.⁽²⁹²⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (sexta), denominada “pena predicha”, se observa que las penas señaladas en dicha columna son distintas, en su totalidad, a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los respectivos casos analizados, excepto en 2 casos (las penas originarias se han mantenido); siendo que en 4 casos las respectivas penas proyectadas han aumentado, 2 de estos casos tienen como pena conminada una pena temporal (privativa de libertad) y los otros 2 casos tienen como pena conminada, la cadena perpetua; mientras que en los 7 casos restantes, las respectivas penas proyectadas han disminuido, 4 de estos casos tienen como pena conminada la cadena perpetua y los otros 3 casos restantes, tienen como pena conminada una temporal (privativa de libertad). La obtención de estas penas se realizó mediante el mismo procedimiento que en el anterior delito (robo en la modalidad agravada), es decir, mediante la econometría.⁽²⁹³⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 2), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

(292) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

(293) Por lo tanto, todas las pautas señaladas al respecto son aplicables al cálculo de la “pena predicha” en este delito (violación sexual de menor de edad), con la única diferencia de la pena conminada (temporal) que oscila entre 25 a 30 años y 30 a 35 años de pena; y la cadena perpetua que se ha considerado, en todos los delitos, como de 35 años de pena).

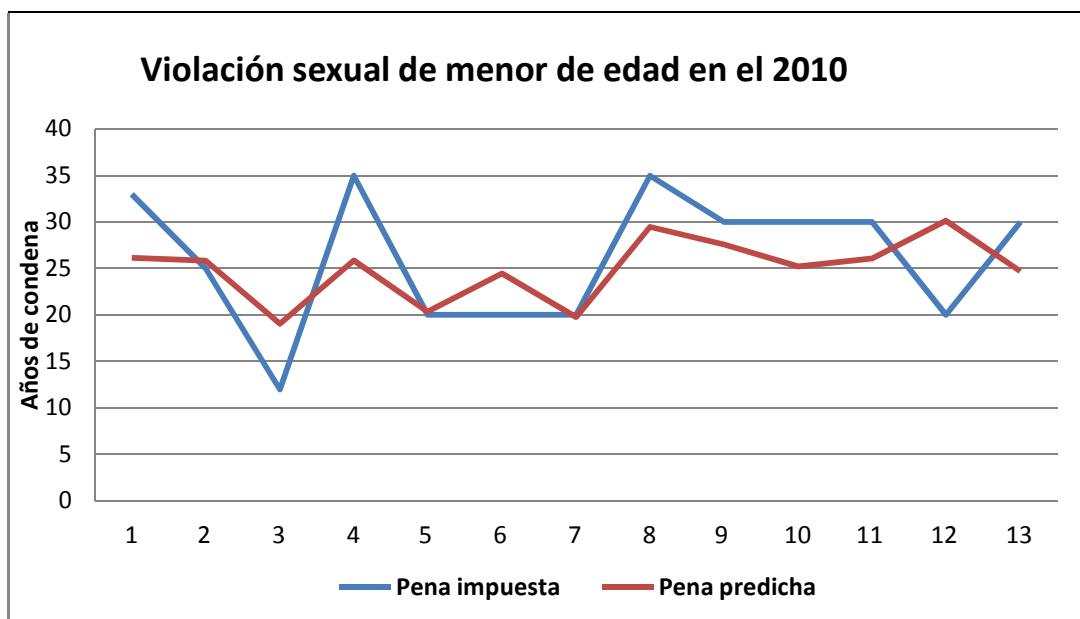


Figura 2. Delito de violación sexual de menor de edad en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias y otros actuados (expedientes de 2010) de 13 juzgados y 4 salas penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la representación gráfica (figura 2), que la curva (poligonal) de color azul no es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, en un primer momento comienza a descender gradualmente hasta llegar a un límite (entre 15 y 10 años de pena) para luego ascender hasta llegar al límite máximo (35 años de pena), luego comienza a descender ligeramente hasta llegar a un límite (entre 25 y 20 años de pena) para mantenerse constante (iguales cuantitativamente a 20 años de pena) y nuevamente comienza a ascender hasta llegar al límite máximo (35 años de pena) para luego comenzar a descender ligeramente hasta llegar a un límite (entre 35 y 30 años de pena), y mantenerse constante (iguales cuantitativamente a 30 años de pena), luego comienza a descender hasta llegar a un límite (entre 25 y 20 años de pena) para luego, nuevamente, ascender hasta llegar a otro límite (entre 25 y 30 años de pena); mientras que la curva (poligonal) de color rojo, esto es, la pena proyectada (“pena predicha”) no es tan oscilante como la curva de color azul, ello quiere decir que la “pena predicha”, considerando todos

los criterios presentes en los expedientes analizados, en un primer momento, comienza con una pena constante (iguales cuantitativamente a 26 años), luego comienza a descender hasta llegar a un límite (entre 20 y 15 años de pena) para luego ascender hasta llegar a otro límite (entre 25 y 30 años de pena), luego nuevamente la pena proyectada desciende gradualmente hasta llegar a un límite (entre 30 y 25 años de pena) para luego, nuevamente, ascender gradualmente hasta llegar a otro límite (entre 25 y 30 años de pena) y, al final, nuevamente comienza a descender gradualmente hasta llegar a cierto límite (entre 30 y 25 años de pena). He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) concurrentes o presentes en los respectivos expedientes analizados.

A.3). Delito de Homicidio Calificado en Expedientes de 2010

Tabla 5:

Criterios observados en expedientes del 2010 en el delito de homicidio calificado.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	—	—	Impacto social Responsabilidad restringida	20	15-35
	2	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	—	20	15-35
	3	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	15	15-35
	4	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	—	No está dentro de responsabilidad restringida Arrepentimiento Confesión.	12	15-35
	5	Carencia de antecedente penal	—	Arrepentimiento No está dentro de responsabilidad	8	15-35

EXPEDIENTES				restringida Confesión. Confesión sincera		
	6	Tiene antecedente penal	Daño a la familia	—	20	15-35
	7	—	Secundaria incompleta Conviviente Arraigo familiar	—	35	15-35
	8	Carencia de antecedente alguno Ser joven	El interés de la familia de la víctima	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	28	15-35
	9	Móvil Pluralidad de agentes Extensión del daño causado	Superior incompleta	—	30	15-35
	10	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión.	30	15-35
	11	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Trabaja	Tentativa Confesión.	15	15-35

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas o que el órgano jurisdiccional respectivo no lo(s) observó. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 5, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración en la graduación de la pena, principalmente las condiciones personales del agente, particularmente carencia o tenencia de antecedente penal, judicial y policial. En la segunda columna, denominada “valoración de criterios del artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración el grado de educación o de instrucción del procesado y su arraigo familiar. En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración la responsabilidad restringida (interpretada positiva y negativamente), la confesión sincera más en la acepción de aceptación de cargos imputados que como medio de prueba

(artículo 136° del Código de Procedimientos Penales).⁽²⁹⁴⁾

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta”, se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de acuerdo a los criterios que se señalan en la tabla 5, a cada autor y partícipe, en las 11 sentencias condenatorias del delito de homicidio calificado, en expedientes del 2010; de las cuales, en 2 casos impuso 15 años de pena, en otros 3 casos impuso 20 años de pena, en otro caso (1) impuso 28 años de pena, en otro caso (1) impuso 8 años de pena, en otro caso (1) impuso 12 años de pena, en otros 2 casos impuso 30 años de pena y en otro caso (1) impuso 35 años de pena.⁽²⁹⁵⁾ De esto se colige, que en su mayoría de estos casos impuso penas que oscilan entre 15 a 35 años (en 9 casos) y en una minoría (2 casos), impuso penas por debajo de los 15 años (12 y 8 años) de los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal.⁽²⁹⁶⁾

(294) Conviene precisar aquí, que por *Confesión* ha de entenderse como sinónimo de aceptación de cargos imputados, confesión referida a Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso [p. ej., confesión establecida en la Ejecutoria Suprema (vinculante) N° 1766-2004-Callao del 21 de setiembre de 2004]; mientras por *Confesión sincera* ha de entenderse como sinónimo de declaración autoinculpatoria –con todas las características de la sinceridad de la confesión, establecida en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 21 et seq. –, regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales. (Véase Rojas, 2012, pp. 804/812-814)

(295) Que, *prima facie* no se puede observar, que la mayoría de las penas impuestas no son las más adecuadas, de las cuales 2 de estas están por debajo del extremo mínimo de pena conminada de los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal, y son ínfimas. Más adelante esto se verá con mayor claridad, cuando se proyecte las nuevas penas, ahora, considerando todos los criterios presentes (observados y no observados por el órgano jurisdiccional) en los casos analizados en la columna denominada “pena predicha”.

(296) En estos artículos se encuentran regulados, lo que en doctrina penal se denomina, el parricidio (filicidio, conyugicidio, entre otras denominaciones) y el asesinato respectivamente. De manera que, por el término “homicidio calificado” ha de referirse a estos delitos del Código Penal vigente.

En la quinta columna, denominada “pena conminada”, se observan las penas conminadas de los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal (que en la mayoría de casos (sentencias) analizados fue por ferocidad (inc. 1 del art. 108° del CP) y otro tanto fue por gran crueldad o alevosía (inc. 3 del art. 108° del CP) y 2 casos fue de parricidio, siendo uno estos, el conyugicidio (art. 107° del CP)), siendo estas, una sola, esto es, la pena privativa de libertad, que oscila entre 15 a 35 años.⁽²⁹⁷⁾

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 5, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en la mayoría de casos (sentencias) analizados de expedientes del 2010, en los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal vigente,⁽²⁹⁸⁾ el órgano jurisdiccional no siguió ningún procedimiento o

(297) Conviene precisar aquí, que las penas conminadas de los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal vigente, esto es, el parricidio y el asesinato respectivamente, coinciden, y son no menores de 15 años de pena privativa de libertad; la pena básica de estos delitos (calificados por el resultado) es definida por el órgano jurisdiccional en el caso concreto recurriendo al artículo 29° del Código Penal e interpretando, de manera sistemática, a los artículos antes mencionados, con la finalidad de obtener ambos extremos de la pena conminada, esto es, la pena básica (15 a 35 años). En el 2013, exactamente el 18 de julio, mediante Ley N° 30068, se introduce al Código Penal una modalidad de homicidio cualificado, el feminicidio (artículo 108-B), siendo una de las penas (conminadas) la cadena perpetua, que se impone en caso de concurrencia de dos o más circunstancias agravantes establecidas en los artículos 108° y 108-B del mencionado Código.

(298) En expedientes del 2010, se analizó un total de 11 sentencias penales condenatorias –y otros actuados– de los delitos de parricidio y asesinato, regulados en los artículos antes mencionados (9 asesinatos y 2 parricidios). La mencionada cantidad de sentencias penales coincide con la cantidad de expedientes analizados en el mencionado año, esto es, 11. Ahora bien, para mayor información del tema que interesa aquí, la Gerencia de Informática General del Poder Judicial nos proporcionó información, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, sobre la cantidad total de expedientes de homicidio calificado con sentencia firme en el 2010, considerando a este delito como tal, solo al asesinato regulado en el artículo 108° del Código Penal; siendo esta cantidad de 2 expedientes, que no coinciden con la cantidad de

metodología en el momento de la determinación de la pena; no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados;⁽²⁹⁹⁾ realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso; realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas (estaban previstas al sancionar los tipos penales o que estas sean elementos constitutivos de los hechos punibles); y realizó una interpretación inadecuada de la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° Código Penal.⁽³⁰⁰⁾

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano

expedientes analizados solo de este delito en los 13 juzgados y 4 salas penales para procesos con reos en cárcel, que son 9 expedientes, de las cuales 5 están con sentencia firme; y los otros 2 expedientes analizados (el resto) son del delito de parricidio (artículo 107° del CP). Ante tal discordancia, se ha visto por conveniente no calcular en porcentaje, la cantidad exacta de expedientes analizados respecto del total (sentencias condenatorias firmes en el 2010); no obstante, ello en nada influirá en la consecución del objeto de la presente tesis. No está por demás mencionar, que la información brindada por la Gerencia de Informática General no incluye el delito de parricidio, solo el delito de asesinato.

(299) Más adelante se mostrará otra tabla donde se observará tanto los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto como los criterios no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, y se observará como todos estos criterios –que obran en los expedientes analizados– coadyuvan trascendentalmente a imponerse una pena distinta a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, que por cuestiones didácticas se le ha denominado, pena predicha.

(300) Conviene señalar aquí, que los 11 casos analizados de expedientes del 2010, en 6 se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Proceso y en 2 el proceso llegó a su término (fin) por aplicación de la terminación anticipada. Además, no resulta innecesario mencionar, que el órgano jurisdiccional gradúa –o debe graduar– la pena diligentemente tomando en cuenta todos los criterios presentes o concurrentes en el caso concreto, y que la misma tiene el carácter de ser atenuada, pero esta no necesariamente tiene que estar por debajo del mínimo legal, conforme se colige del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008. Más adelante se verá, que en los casos analizados aquellos que tienen penas (impuestas) por bajo del mínimo legal, han aumentado, sucediendo lo contrario en aquellos casos que tienen penas elevadas (entre 30 y 35 años), esto es, han disminuido.

jurisdiccional no siguió ningún procedimiento o metodología en la mayoría de casos analizados (esto es, el 90.91%) en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽³⁰¹⁾ solo se limitó a señalar determinados criterios de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional haya procedido, en todo los casos analizados, al azar en la graduación de la pena. En caso de concurso de delitos (hubo en 3 expedientes), el órgano jurisdiccional tampoco ha seguido el procedimiento exigido en el mencionado acuerdo plenario, sobre todo del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 7) y el artículo 50° del Código Penal (concurso real de delitos).

El órgano jurisdiccional no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fj. 9); a propósito de esto, más adelante se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta, reflejándose ello en la pena proyectada (“pena predicha”).

El órgano jurisdiccional realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, en la mayoría de los casos en que aplicó esta Ley, exactamente en 4, del total que fueron 6 casos, toda vez que no hubo

(301) Este Acuerdo Plenario es de cumplimiento obligatorio, en la praxis judicial, para todos los órganos jurisdiccionales penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier tipo de procesos; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellos casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), cuyas exigencias el órgano jurisdiccional no los tomó en cuenta en las sentencias condenatorias analizados.

aceptación de cargos imputados de manera firme y contundente de parte de los procesados en todo el proceso penal, esto es, no cumplió con los requisitos externos o internos que debe reunir una confesión, conforme lo exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 19, párrafo segundo).⁽³⁰²⁾

El órgano jurisdiccional realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas, toda vez que estas estaban previstas al sancionarse los tipos penales o que estas sean elementos constitutivos de los hechos punibles, como los regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal. Así valoró doblemente, en 4 de los 11 casos analizados, una cualidad intrínseca (esencial) del delito regulado en el artículo 108° [asesinato] como es la agresividad empleada en la comisión del delito, siendo este una circunstancia agravante regulado en el inciso 3 de este artículo el mismo que se refiere a la gran crueldad empleada en la comisión de este delito además, este delito es cualificado por el modo como se materializa el injusto penal del mismo, o el acto de pérdida de vida de una persona, ya que este es un elemento constitutivo del mencionado hecho punible regulado en el artículo 108°, como tal implica la pérdida de vida de una persona humana connotada de determinada gravedad,⁽³⁰³⁾ además este acto se refiere a una circunstancia genérica prevista en el numeral 1 del artículo 46° del Código Penal, esto es, la naturaleza de la acción; sin embargo, el órgano jurisdiccional los valoró doblemente en los casos concretos, a pesar de estar prohibido, de acuerdo con el artículo 46°, párrafo primero, del

(302) Conviene precisar aquí, que hubo 8 expedientes en que el proceso penal terminó de manera anticipada, en 6 de estos expedientes el órgano jurisdiccional aplicó la Ley N° 28122, y en los otros 2 expedientes restantes, la terminación anticipada.

(303) Conviene precisar aquí, que se está tratando de un delito consumado (asesinato consumado) y no de un delito que quedó en grado de tentativa, siendo el primero la regla y la segunda, la excepción. Asimismo, este delito se caracteriza principalmente, constituye la diferencia con el homicidio simple regulado en el artículo 106° del Código Penal, por su elevada intensidad con que ocasiona la muerte de una determinada persona humana, por ello precisamente tiene un mayor injusto respecto al homicidio simple antes mencionado.

Código Penal.⁽³⁰⁴⁾ El párrafo primero del artículo acotado establece, que el juez para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad (...). De esta manera el órgano jurisdiccional ha infringido la cláusula de prohibición de doble valoración (de criterios o circunstancias), establecido en el artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal, ahora, con la modificatoria, por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, del mencionado artículo, entre otros, está prevista en el párrafo segundo del artículo 45-A del mencionado Código así como en los numerales 1 y 2 del modificado artículo 46° de este Código.

El órgano jurisdiccional realizó una interpretación inadecuada de la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° Código Penal, toda vez que ha interpretado la edad del procesado en sentido negativo como, por ejemplo, en tanto la edad del procesado no está dentro de los 18 y 21 años de edad, resulta justificado no seguirle incrementándole o disminuyéndole la pena, según el caso concreto; y, así sucedió en 3 de los 5 casos en que se valoró el mencionado criterio atenuante, de los cuales en 2 se interpretó a favor de no seguir disminuyéndole la pena al procesado pese a que en ambos casos los procesados tenían arraigo familiar, además de trabajo, y en 1 de estos casos el procesado era confeso y estaba incurso en inimputabilidad relativa; y el resto (un caso), se interpretó a favor de no seguir aumentándole la pena al procesado pese a que sus versiones sobre su participación en la comisión del delito, eran distintas. Esta interpretación de la responsabilidad restringida (del procesado) por parte del órgano jurisdiccional, no debió suceder, pero sucedió, y se espera que en el futuro inmediato no suceda esto más.

(304) Precizando más aún aquí, uno de los cuatro casos antes mencionados, se dio cuando el órgano jurisdiccional menciona la naturaleza de la acción y la pérdida de vida de la persona (víctima).

En conclusión, que como consecuencia de la no observancia por parte del órgano jurisdiccional del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, que exige a dicho órgano seguir un determinado procedimiento en el momento de la graduación de la pena en el caso concreto, y en los casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, del Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), que exige seguir un determinado procedimiento en el momento de graduación de la pena previa actuación y contradicción de pruebas; la aplicación inadecuada de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento así como la doble valoración de las circunstancias agravantes específicas que estas estaban previstas al sancionarse los tipos penales o que estas sean elementos constitutivos de los hechos punibles, como los regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal; y la inobservancia de todos los criterios presentes (concurrentes) en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; la mayoría de casos (sentencias) analizados (7) las penas impuestas están por encima del extremo mínimo de pena conminada de los delitos regulados en los artículos acotados (15 años de pena), ello no necesariamente asegura que estén adecuadamente graduadas; y que existen 2 casos donde las penas impuestas están por debajo del extremo mínimo de penas conminadas de los mismos delitos, y 1 de estos casos la pena impuesta es ínfima; en ambas situaciones las penas impuestas no aseguran necesariamente que las mismas estén adecuadamente graduadas, tomando en consideración la observancia de todos los criterios presentes, por parte del órgano jurisdiccional correspondiente, en los expedientes analizados; pero, por otro lado, las mismas situaciones resultan del todo criticables y preocupantes, toda vez que no favorecen el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional que imponga penas por debajo del extremo mínimo de penas conminadas de los delitos regulados en los artículos acotados menos penas ínfimas, e

incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

De igual manera se puede considerar que, tampoco están comprendidas dentro del supuesto, que por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado, el órgano jurisdiccional le está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, pp. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109)

En esas dos sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, los hechos eran graves, además el promedio de edades de las personas condenadas era aproximadamente, de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años).

Ambas situaciones, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista; sino, desde una perspectiva de política criminal, reflejan, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (por debajo del extremo mínimo de pena conminada e incluso una es ínfima); premiación que se dio en 2 casos (sentencias) en expedientes del 2010, claro, que no es una cantidad considerable, pero se dio, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas concurrentes, pero sobre todo de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y,

sobre todo, recalcando, resulta preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, particularmente en los delitos en referencia (parricidio y asesinato). Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 6:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en el delito de homicidio calificado.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Impacto social Responsabilidad restringida	20	15-35	21
	2	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	—	20	15-35	22
	3	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	Secundaria completa	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Inimputabilidad relativa	15	15-35	14
	4	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	Secundaria incompleta Trabaja Arraigo familiar Conviviente	No está dentro de responsabilidad restringida Arrepentimiento Confesión.	12	15-35	17

EXPEDIENTES	5	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar Trabaja	Arrepentimiento No está dentro de responsabilidad restringida Inimputabilidad relativa Confesión. Confesión sincera	8	15-35	12
	6	Tiene antecedente penal	Conviviente Secundaria incompleta No trabaja Daño a la familia	Reincidencia	20	15-35	21
	7	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Conviviente Arraigo familiar	—	35	15-35	22
	8	Carencia de antecedente alguno Ser joven	El interés de la familia de la víctima	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	28	15-35	28
	9	Móvil Pluralidad de agentes Extensión del daño causado ser joven	Superior incompleta No trabaja	—	30	15-35	21
	10	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Primaria completa Carencia social No trabaja	Confesión.	30	15-35	22
	11	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Trabaja	Tentativa Confesión. Reincidencia	15	15-35	17

Nota: Fuente: Expedientes del 2010 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 6, que existen más criterios que en la tabla 5 y que se ha adicionado una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se han adicionado criterios que se refieren mayoritariamente, al grado de educación (cultura) o instrucción del procesado, su ocupación (situación económica) y sus condiciones personales (carencia de antecedentes

penales, judiciales y policiales), a los criterios que fueron tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena.⁽³⁰⁵⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (sexta), denominada “pena predicha”, se observa que las penas señaladas en dicha columna son distintas, en su totalidad, a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los respectivos casos analizados, excepto en 1 caso (la pena originaria se ha mantenido); siendo que en 6 casos las respectivas penas proyectadas han aumentado, mientras que en 4 casos las respectivas penas proyectadas han disminuido, y en el resto (un caso), la respectiva pena proyectada se ha mantenido. La obtención de estas penas se realizó mediante el mismo procedimiento que en el anterior delito (violación sexual de menor de edad), es decir, mediante la econometría.⁽³⁰⁶⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 3), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

(305) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

(306) Por lo tanto, todas las pautas señaladas al respecto, son aplicables al cálculo de la “pena predicha” en estos delitos (parricidio y asesinato), que tienen igual pena conminada (oscilan entre no menor de 15 ni mayor 35 años de pena).

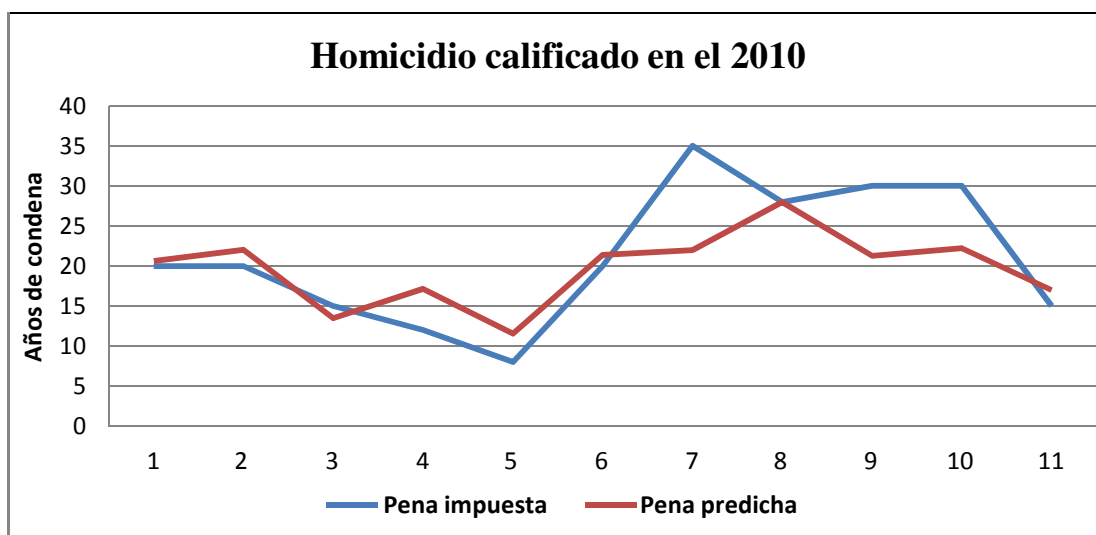


Figura 3. Delito de homicidio calificado en el 2010. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2010 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias y otros actuados (expedientes de 2010) de 13 juzgados y 4 salas penales.
Elaboración: Autor.

Se observa en la representación gráfica (figura 3), que la curva (poligonal) de color azul no es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, en un primer momento tiene un cierto nivel que es constante, lo que significa que el quantum de pena es elevado y se mantiene constante (20 años de pena); luego, la pena impuesta comienza a descender hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de la pena impuesta disminuye hasta por debajo de 10 años de pena; luego la pena impuesta comienza a ascender hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena impuesta va aumentando, e incluso llega a superar 30 años de pena; luego la pena impuesta comienza a descender nuevamente, pero ligeramente, ello quiere decir que el quantum de pena está disminuyendo, pero sin superar hasta 20 años de pena; luego, la pena impuesta comienza a ascender nuevamente, pero ligeramente, ello quiere decir, que el quantum de pena experimenta un ligero incremento que no supera 30 años de pena; y finalmente, la pena impuesta después de haberse mantenido constante, comienza nuevamente a descender hasta llegar a cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena está disminuyendo, e

incluso llega hasta por debajo de 20 años de pena (privativa de libertad). En relación a la curva (poligonal) de color rojo tiene un cierto grado de oscilación, y ello quiere decir, que la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios presentes en los expedientes analizados, asciende ligeramente hasta cierto nivel, el mismo significa que el quantum de pena experimenta un ligero incremento, sin superar 30 años de pena; luego, la “pena predicha” comienza a descender hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena experimenta una disminución, pero sin llegar hasta por debajo de 10 años de pena; luego, la “pena predicha” comienza a ascender nuevamente hasta cierto nivel o tope (del marco penal), ello quiere decir que el quantum de pena experimenta un ligero incremento, pero sin superar 20 años de pena; luego, la “pena predicha” comienza a descender nuevamente hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena va disminuyendo, pero sin llegar hasta 10 años de pena; luego, la “pena predicha” comienza a ascender nuevamente hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena está incrementándose y logra superar ligeramente de 20 años de pena; luego, la “pena predicha” continua ascendiendo hasta cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena se está incrementándose, pero sin superar 30 años de pena; luego, la “pena predicha” comienza a descender nuevamente hasta cierto nivel para luego mantenerse constante, ello quiere decir el quantum de pena está disminuyendo, pero sin superar 20 años de pena, para luego mantenerse constante; y finalmente, la “pena predicha” continua descendiendo hasta llegar a cierto nivel, ello quiere decir que el quantum de pena está disminuyendo, pero sin superar 10 años de pena (privativa de libertad). He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) presentes o concurrentes en los respectivos expedientes analizados.

Ahora, resulta conveniente realizar hasta aquí una síntesis del estado de los expedientes sentencias y otros actuados) del 2010 analizados de los delitos de robo en la modalidad agravada (regulado en el art. 189° del CP), violación sexual de menor de edad (regulado en el art. 173° del CP) y homicidio calificado (regulado en los arts. 107° y 108° del CP); y se vio que el órgano jurisdiccional principalmente, no siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena, no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados, realizó una inadecuada interpretación de las circunstancias (genéricas), y de la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° Código Penal, valoró doblemente las circunstancias (agravantes específicas) que estaban previstas al sancionarse el respectivo tipo penal o los elementos que constituyen el respectivo hecho punible así como las circunstancias atenuantes (privilegiadas) concurrentes, por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse, y realizó una inadecuada aplicación de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, y todo da a indicar *prima facie* que en la mayoría de las 116 sentencias condenatorias que se analizaron, no existe una adecuada graduación judicial de la pena.

Ahora bien, se tratará los expedientes del 2011 de los delitos antes mencionados que son 92, esto es, 109 sentencias condenatorias –y otros actuados–, que a continuación se explicará e interpretará.

B). En Expedientes del Año 2011

B.1). Delito de Robo en la Modalidad Agravada en Expedientes de 2011

Tabla 7:

Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de robo en la modalidad agravada.

Juzgados Salas Penales		Valoración del Art. 46° CP	Valoración del Art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal	—	Confesión sincera	10	12-20
	2	Tiene antecedente penal	—	—	15	12-20
	3	—	—	Confesión sincera.	4	12-20
	4	—	Trabaja	Confesión sincera. Confesión. Responsabilidad restringida	4	12-20
	5	Carencia de antecedente penal y judicial	Secundaria incompleta Trabaja	Confesión.	6	12-20
	6	Carencia de antecedente penal	Primaria incompleta Trabaja Arraigo familiar	Confesión.	8	12-20
	7	Tiene antecedente penal	—	Confesión. Se encuentra privado de libertad Reincidencia	5	12-20
	8	Tiene antecedente penal, judicial y policial	—	Confesión. Inimputabilidad relativa Impacto social	8	12-20
	9	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Criterio de autoría (directa)	10	12-20
	10	—	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	11	—	—	Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	12	—	—	Impacto social Confesión. Confesión sincera Tentativa	4	12-20

EXPEDIENTES	13	Ser joven	Primaria incompleta Arraigo familiar	Confesión.	8	12-20
	14	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	4	12-20
	15	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	4	12-20
	16	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Confesión.	7	12-20
	17	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Confesión.	7	12-20
	18	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	19	—	—	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión.	4	12-20
	20	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	21	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar No trabaja	Confesión. Arrepentimiento Tentativa	4	12-20
	22	—	Víctima recupero parte de sus bienes	Confesión.	6	12-20
	23	Carencia de antecedente penal Condición de turista	—	Tentativa Arrepentimiento Por no concurrir eximente de responsabilidad penal Confesión.	5	12-20
	24	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Trabaja	Cambio de medida cautelar Domicilio conocido No concurre alguna causal de inimputabilidad relativa	4	12-20

EXPEDIENTES	25	Carencia de antecedente penal	Conviviente Arraigo familiar Trabaja	Responsabilidad restringida Confesión.	5	12-20
	26	Carencia de antecedente penal Circunstancia de modo Medio empleado	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	5	12-20
	27	Carencia de antecedente penal Tiene otro tipo de antecedentes	—	Confesión. Confesión sincera.	4	12-20
	28	Carencia de antecedente penal	Trabaja	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	6	12-20
	29	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Confesión. Confesión sincera	7	12-20
	30	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. Confesión sincera	4	12-20
	31	Carencia de antecedente penal	Poca educación del agente	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Tentativa	6	12-20
	32	Tiene antecedente penal	—	Reincidencia Confesión.	11	12-20
	33	Carencia de antecedente penal	—	Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida	5	12-20
	34	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Conviviente	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión.	6	12-20
	35	Tiene antecedente penal	Trabaja Medio social	Confesión. Confesión sincera	6	12-20
	36	Carencia de antecedente penal Ser joven	Arraigo familiar	Confesión.	7	12-20

EXPEDIENTES	37	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	—	Confesión.	7	12-20
	38	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	—	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20
	39	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	—	Responsabilidad restringida Confesión sincera	6	12-20
	40	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente Primaria incompleta No trabaja Carencia social	Confesión. Tentativa Reincidencia	7	12-20
	41	—	—	Confesión.	13	12-20
	42	Tiene antecedente penal	—	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión. Arrepentimiento	8	12-20
	43	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	—	—	5	12-20
	44	Carencia de antecedente penal	—	—	4	12-20
	45	Carencia de antecedente penal	—	Tentativa	4	12-20
	46	Carencia de antecedentes penal y judicial	Secundaria completa Víctima recupero parte de sus bienes	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida Tentativa	5	12-20
	47	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	—	Confesión.	5	12-20

EXPEDIENTES	48	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera.	7	12-20
	49	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Tentativa Responsabilidad restringida Confesión.	4	12-20
	50	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Secundaria incompleta	Confesión.	4	12-20
	51	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20
	52	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta	—	15	12-20
	53	—	—	Confesión.	5	12-20
	54	—	Trabaja	Reincidencia Tentativa Arrepentimiento Confesión.	7	12-20
	55	—	—	Tentativa	8	12-20
	56	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Confesión.	6	12-20
	57	Tiene antecedente penal	—	Reincidencia Tentativa Confesión.	10	12-20
	58	Tiene antecedente penal	—	Reincidencia Tentativa Confesión.	10	12-20
	59	—	—	Reincidencia Tentativa	8	12-20
	60	—	—	Reincidencia Tentativa	8	12-20
	61	Ser joven	—	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	13	12-20
	62	Carencia de antecedente penal	—	Tentativa	6	12-20
	63	Carencia de antecedente penal	—	Tentativa	6	12-20
	64	Tiene antecedente penal	—	Tentativa Reincidencia Confesión.	7	12-20

EXPEDIENTES	65	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Confesión.	4	12-20
	66	Tiene antecedente penal Ser joven	—	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20
	67	Carencia de antecedente penal	—	—	7	12-20
	68	Carencia de antecedente penal	—	—	7	12-20
	69	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Tentativa Confesión.	4	12-20
	70	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión. Confesión sincera.	4	12-20
	71	Tiene antecedente penal	—	—	12	12-20
	72	Carencia de antecedente penal y judicial	—	Confesión.	5	12-20
	73	Carencia de antecedente penal Medio empleado	—	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera,	6	12-20
	74	Tiene antecedente penal	—	Confesión.	4	12-20
	75	Tiene antecedente penal	Carencia social No trabaja	Confesión. Reincidencia	7	12-20
	76	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión.	10	12-20
	77	Carencia de antecedente alguno	Secundaria incompleta Trabaja	Tentativa Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20
	78	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente No trabaja	Tentativa Confesión.	6	12-20
	79	—	Primaria incompleta No trabaja	Tentativa Reincidencia	10	12-20
	80	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Confesión.	7	12-20

EXPEDIENTES	81	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Confesión.	7	12-20
	82	—	—	Tentativa	12	12-20
	83	—	—	Tentativa	12	12-20
	84	Carencia de antecedente penal	Primaria completa Carencia social	No está dentro de responsabilidad restringida	Cadena perpetua	Cadena perpetua
	85	Ser joven	Primaria completa	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida	9	12-20
	86	Tiene antecedente penal	Trabaja Edu. técnica incompleta	Reincidencia	12	12-20
	87	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión. Arrepentimiento Tentativa	6	12-20
	88	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera.	4	12-20
	89	Carencia de antecedente penal Ser joven	—	Tentativa Confesión.	8	12-20
	90	Tiene antecedente penal	—	Tentativa Confesión.	9	12-20
	91	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Confesión sincera	8	12-20
	92	Carencia de antecedente penal	—	Confesión sincera	6	12-20
	93	Tiene antecedente penal	—	Confesión sincera Reincidencia	6	12-20

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas o que el órgano jurisdiccional respectivo no lo(s) observó. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 7, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración en la graduación de la pena, principalmente las condiciones personales del agente, particularmente los antecedentes penales y judiciales y la edad, particularmente la juventud del agente. En la segunda columna, denominada “valoración de criterios del

artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración el grado de educación o de instrucción del procesado, su actividad a que se dedica y su arraigo familiar. En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración la responsabilidad restringida (interpretada positiva y negativamente), la reincidencia⁽³⁰⁷⁾ y la confesión (sincera), más en la aceptación de aceptación de cargos imputados que como medio de prueba (artículo 136° del Código de Procedimientos Penales);⁽³⁰⁸⁾ no obstante, que la mayoría de las penas impuestas están por debajo del mínimo legal. Estos criterios no solo se observan en el delito de robo en la modalidad agravada, sino en los otros delitos, como la violación sexual de menor de edad y el homicidio calificado, en el proceso de graduación judicial de la pena.⁽³⁰⁹⁾

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta”, se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de acuerdo a los criterios que se señalan en la tabla 7, a cada autor y partícipe, en las 93 sentencias condenatorias analizadas del delito de robo en la modalidad agravada, en expedientes del 2011; de las cuales en 23 casos impuso 4 años de pena, en otros 10 casos impuso 5 años de pena, en otros 19 casos impuso 6 años de pena, en otros 14 casos impuso 7 años de pena, en otros 9 casos impuso 8 años de pena, en otros 2 casos impuso 9 años de pena, en otros 6 casos impuso 10 años de pena, en otro caso (1) impuso 11 años de pena, en otros 4 casos impuso 12 años de pena, en otros 2 casos impuso 13 años de pena, en otros 2 casos impuso 15 años de pena, en otro caso (1) impuso 35 años de pena.

(307) Este criterio (circunstancia agravante) no se dio en 4 de los 11 casos (sentencias condenatorias) en que fue valorado por el órgano jurisdiccional.

(308) Conviene precisar aquí, que se mantiene la diferencia, al igual que en los anteriores casos analizados, entre “confesión” y “confesión sincera”.

(309) No está demás señalar, que cada uno de estos delitos tienen sus particulares criterios.

En la quinta columna, denominada “pena conminada”, se observan las penas conminadas o básicas del delito de robo en la modalidad agravada (en la sentencias condenatorias analizadas, en su mayoría, al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010, eran en la modalidad de a mano armada, otro tanto, con el concurso de dos o más personas, y uno que otro caso, en agravio de menor de edad), siendo estas, la pena privativa de libertad temporal, que oscilan entre 12 y 20 años de pena; y la pena intemporal, la cadena perpetua.⁽³¹⁰⁾

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 7, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en la mayoría de casos analizados (sentencias condenatorias) de expedientes del 2011 en el delito de robo en la modalidad agravada,⁽³¹¹⁾ el órgano jurisdiccional no siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena y no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados,⁽³¹²⁾ mientras que en una cantidad

(310) Conviene precisar aquí, que estas penas conminadas son para los casos que se analizaron en expedientes del 2011. No se debe confundir las penas conminadas del delito de robo en la modalidad agravada, que oscilan entre 12 y 20 años y entre 20 y 30 años y la cadena perpetua.

(311) La cantidad de sentencias condenatorias analizadas, equivalen a 78 expedientes del año 2011. Según información (adicional) que nos proporcionó la Gerencia de Informática General del Poder Judicial, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, la cantidad total de expedientes de robo en la modalidad agravada con sentencia firme en el 2011 fue de 1271, que comparado con la primera cantidad equivale porcentualmente a 6.1% aproximadamente, constituyendo ello un porcentaje de considerable importancia para los fines que interesa.

(312) Más adelante se mostrará otra tabla donde se observará tanto los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto como los criterios no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, y se verá como todos estos criterios –que obran en los expedientes analizados- coadyuvan trascendentalmente a imponerse una pena distinta a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, que por cuestiones didácticas se le ha denominado, pena predicha.

considerable realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas (estaban previstas al sancionar el tipo penal o que estas sean elementos constitutivos del hecho punible); en otra cantidad nada despreciable realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; en otra cantidad considerable realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento; y en otra cantidad también considerable realizó una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente, y la responsabilidad restringida (regulado en el artículo 22° CP).⁽³¹³⁾

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano jurisdiccional no siguió algún procedimiento o metodología en la mayoría de 93 casos analizados de expedientes del 2011 (esto es, el 98.93%) en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽³¹⁴⁾ solo se limitó a señalar

(313) Al igual que los casos anteriores (sentencias condenatorias de expedientes del 2010), las sentencias de expedientes del 2011 se trata también de casos que finalizaron (llegaron a término) de manera anticipada (por aplicación de la Conclusión Anticipada Proceso-Ley N° 28122 o por confesión de imputado), y ya se conoce, que el órgano jurisdiccional gradúa –o debe graduar– la pena diligentemente tomando en cuenta todos los criterios presentes o concurrentes en el caso concreto, siendo esta pena atenuada, así como no necesariamente está -o estará- por debajo del mínimo legal, conforme se colige del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008. Como se verá más adelante, en los casos analizados esto no sucedió, la mayoría de las penas impuestas son ínfimas y están por debajo del mínimo legal.

(314) Este acuerdo plenario publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 3 de noviembre de 2008 es de cumplimiento obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier tipo de procesos; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellos casos donde no se aplicó la Ley N°

determinados criterios de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional, en todos los casos (sentencias condenatorias) analizados, haya procedido al azar en la graduación de la pena. En caso de concurso de delitos (hubo en 4 expedientes), el órgano jurisdiccional tampoco ha seguido el procedimiento exigido en el mencionado acuerdo plenario, sobre todo del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fundamento 7) y el artículo 50° del Código Penal (concurso real de delitos).

El órgano jurisdiccional no valoró (observó) todos los criterios (genéricas o específicas, cualificadas o no) que estaban presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 9); a propósito de esto, más adelante se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta, reflejándose ello en la pena proyectada denominada “pena predicha”.

El órgano jurisdiccional realizó una doble valoración de los criterios o circunstancias que estaban establecidas (reguladas) en el artículo 46° (criterios genéricos) del Código Penal y en el artículo 189° de este Código (circunstancias agravantes específicas), sucediendo esto en 19 casos de las 93 sentencias condenatorias analizadas; y se referían a un mismo factor o indicador; no obstante, que eran incompatibles, contraviniendo de esta manera la exigencia del artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal y el Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010. El párrafo primero del artículo acotado establece que, el juez para determinar la pena dentro de los límites fijados por la

28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), cuyas exigencias el órgano jurisdiccional no los tomó en cuenta en los casos analizados.

ley, atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad (...). Mientras que, el mencionado acuerdo plenario establece que, en caso de concurrencia de circunstancias agravantes que aluden a un mismo factor, “ellas son incompatibles y deben excluirse en función de su especialidad. Es decir, la circunstancia agravante especial excluirá la genérica.” (Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116, 2010)

Así, por ejemplo, la violencia empleada en la comisión del delito (de robo en la modalidad agravada) y el tipo penal del robo en la modalidad agravada, la pluralidad de agentes en la comisión del delito de robo en la modalidad agravada y la circunstancia específica regulada en el inciso 4 del artículo 189° [“Con el concurso de dos o más personas”], ambos criterios se refieren a un mismo indicador; el primero, se refiere a una cualidad intrínseca (esencial) del mencionado delito, es decir, es un elemento constitutivo de este delito, mientras que el segundo, se refiere(n) a criterios que se diferencian en el grado de especialidad (uno es genérico y el otro es específico); o, en el peor de los casos, la doble valoración se daba en las mismas circunstancias agravantes específicas del delito de robo en la modalidad agravada; es decir, el órgano jurisdiccional las valoraba nuevamente pese a que el legislador ya las había considerado al constituir el tipo penal de este delito. De esta manera el órgano jurisdiccional ha infringido la cláusula de prohibición de doble valoración (de criterios o circunstancias), establecida en el artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal, ahora, con la modificatoria, por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, del mencionado artículo, entre otros, está prevista en el párrafo segundo del artículo 45-A del mencionado Código así como en los numerales 1 y 2 del modificado artículo 46° de este Código.

El órgano jurisdiccional en 26 casos, de los 93 analizados, realizó una valoración

inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, toda vez que la declaración autoinculpatória (confesión) de los procesados no cumplía con las características de ser completa, veraz, persistente, oportuna y de cierta relevancia, establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 21 (párrafo tercero),⁽³¹⁵⁾ y como tal no se debió disminuir las penas impuestas por debajo del mínimo legal; sin embargo, el órgano jurisdiccional graduó las penas que impuso, por debajo del mínimo legal.

El órgano jurisdiccional en 68 casos analizados aplicó la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, y en 30 de estos casos realizó una aplicación inadecuada de esta Ley, toda vez que la aceptación de cargos imputados por parte de los procesados no fue de manera firme y contundente en todo el proceso penal; es decir, la confesión de los procesados no cumplió con los requisitos externos o internos que exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 19 (párrafo segundo).

El órgano jurisdiccional en los casos analizados realizó una interpretación inadecuada de los criterios (genéricos), principalmente los previstos en el artículo 46° del Código Penal, como las condiciones personales del agente, y la responsabilidad restringida, toda vez que se les interpretaba en sentido positivo y en sentido negativo; como, por ejemplo, la juventud de los procesados, en ciertos casos, se le interpretaba positivamente, toda vez que se disminuyó las penas a imponerse o no se les siguió incrementándole (más) las penas a imponer, y en otros ciertos casos, se le interpretaba negativamente, toda vez que se incrementó las penas a imponerse o no se les siguió disminuyéndole (más) las penas a imponerse; los antecedentes penales que tenían los procesados, de igual manera se le

(315) Esto se dio en 5 de 26 casos donde el órgano jurisdiccional valoró la confesión sincera y declaró confesos a los procesados.

interpretaba, esto es, en ciertos casos, se le interpretaba positivamente, toda vez que no se siguió disminuyéndoles (más) las penas imponerse, y en otros ciertos casos, se le interpretaba negativamente, toda vez que no se siguió incrementándoles las penas a imponerse,⁽³¹⁶⁾ o, la interpretación realizada era normalmente aceptable. En cuanto a la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° del Código Penal, en 25 de los casos analizados se le interpretó positivamente, toda vez que se disminuyó la pena a imponerse o se siguió disminuyéndole (más) la pena a imponerse, mientras que en otros 4 casos analizados se le interpretó negativamente, toda vez que se incrementó la pena a imponerse o no se siguió disminuyéndole (más) la pena imponerse, pasando desapercibido esto en 1 de estos casos, ya que el procesado fue condenado a cadena perpetua (pena intemporal).⁽³¹⁷⁾

En conclusión, que como consecuencia de la no observancia por parte del órgano jurisdiccional de los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/CJ-116, N° 5-2008/CJ-116, N° 4-2009/CJ-116 y N° 2-2010/CJ-116, de la prohibición de la doble valoración (de criterios), de la aplicación adecuada de la Conclusión Anticipada del Proceso (Ley N° 28122), de la valoración adecuada de la confesión sincera (del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales), de la interpretación adecuada de la responsabilidad restringida; y de todos los criterios presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; la mayoría de las penas impuestas en los casos analizados están por debajo del extremo mínimo de pena conminada del delito de robo en la modalidad agravada, y son ínfimas, solo 8 de estos casos supera este extremo mínimo de pena conminada, sin incluir

(316) Estos sentidos de la interpretación de los criterios (genéricos) de determinación judicial de la pena, como las condiciones personales del procesado, incidían sobre penas (impuestas) que estaban por debajo del mínimo legal, en su mayoría.

(317) La interpretación inadecuada de la responsabilidad restringida en estos casos analizados no es tan notorio o manifiesta ya que, las penas impuestas, en su mayoría, están por debajo del mínimo legal, siendo por lo tanto, comprensible ello y no se puede negar su existencia.

el caso de la cadena perpetua. Esta situación (penas impuestas por debajo del extremo mínimo de pena conminada, e ínfimas) es criticable y preocupante, toda vez que no favorece el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional, que imponga penas por debajo del extremo mínimo de pena conminada o básica (del delito de robo en la modalidad agravada) menos penas ínfimas, e incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

Por otro lado, esta situación tampoco está comprendida dentro del supuesto, que por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado, el órgano jurisdiccional le está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, p. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109)

En las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2011, los hechos eran graves e incluso, una considerable cantidad de autores o partícipes condenados eran reincidentes, además el promedio de edades de las personas condenadas, al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010, era aproximadamente de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años).

La situación antes mencionada, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista;

sino, desde una perspectiva de política criminal, refleja, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (por debajo del extremo mínimo de pena conminada, e ínfimas); premiación que se dio en 28 casos (sentencias) en expedientes del 2011, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas concurrentes, pero sobre todo, de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y, sobre todo, resulta preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos contra el patrimonio, particularmente en el robo en la modalidad agravada, establecido en el artículo 189° del Código Penal. Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 8:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de robo en la modalidad agravada.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Confesión sincera	10	12-20	8
	2	Tiene antecedente penal	Primaria incompleta	—	15	12-20	12

EXPEDIENTES	3	Carencia de antecedente penal	—	Confesión sincera	4	12-20	7
	4	Carencia de antecedente penal	Trabaja Víctima no recupero sus bienes	Confesión sincera. Confesión Responsabilidad restringida	4	12-20	5
	5	Carencia de antecedente penal y judicial	Secundaria incompleta Trabaja Conviviente	Confesión.	6	12-20	8
	6	Carencia de antecedente penal Tiene antecedente policial	Primaria incompleta Trabaja Arraigo familiar	Confesión.	8	12-20	10
	7	Tiene antecedente penal	Primaria incompleta	Confesión. Se encuentra privado de libertad Reincidencia	5	12-20	9
	8	Tiene antecedente penal, judicial y policial	Secundaria incompleta No trabaja	Confesión. Inimputabilidad relativa Impacto social	8	12-20	7
	9	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Confesión. Criterio de autoría (directa)	10	12-20	6
	10	Tiene antecedente penal	Secundaria completa	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20	6
	11	Tiene antecedente penal	Secundaria completa	Confesión. Confesión sincera Reincidencia	4	12-20	6
	12	Carencia de antecedente penal	Arraigo familiar	Impacto social Confesión. Confesión sincera Tentativa	4	12-20	4
	13	Carencia de antecedente penal Ser joven	Primaria incompleta Arraigo familiar Conviviente	Responsabilidad restringida Confesión.	8	12-20	8
	14	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Conviviente	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	4	12-20	4
	15	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento	4	12-20	4

EXPEDIENTES	16	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Trabaja	Confesión.	7	12-20	8
	17	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Trabaja	Confesión.	7	12-20	8
	18	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20	4
	19	Carencia de antecedente penal	—	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión.	4	12-20	4
	20	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida	4	12-20	4
	21	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar No trabaja	Confesión. Arrepentimiento Tentativa	4	12-20	5
	22	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Víctima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20	9
	23	Carencia de antecedente penal Condición de turista	Primaria incompleta Arraigo familiar No trabaja	Tentativa Arrepentimiento Por no concurrir eximente de responsabilidad penal Confesión.	5	12-20	6
	24	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Trabaja Secundaria incompleta	Cambio de medida cautelar Domic. conocido No concurre alguna causal de inimputabilidad relativa	4	12-20	8
	25	Carencia de antecedente penal	Conviviente Arraigo familiar Trabaja Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión.	5	12-20	4
	26	Carencia de antecedente penal Circunstancia de modo (mínima violencia)	Secundaria incompleta No trabaja Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	5	12-20	5

EXPEDIENTES		Medio empleado (no haber utilizado arma alguna)					
	27	Carencia de antecedente penal Tiene otro tipo de antecedente	Primaria incompleta Trabaja	Confesión. Confesión sincera	4	12-20	5
	28	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Trabaja Víctima no recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	6	12-20	5
	29	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta Conviviente Arraigo familiar Víctima no recupero sus bienes	Confesión. Confesión sincera	7	12-20	8
	30	Carencia de antecedente penal	Conviviente Arraigo familiar No trabaja Víctima no recupero sus bienes	Confesión. Confesión sincera	4	12-20	6
	31	Carencia de antecedente penal	Conviviente Arraigo familiar No trabaja Poca educación del agente Víctima no recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera Tentativa	6	12-20	6
	32	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar No trabaja	Reincidencia Confesión.	11	12-20	8
	33	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa Trabaja Arraigo familiar	Confesión. No está dentro de responsabilidad restringida	5	12-20	7
	34	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Arraigo familiar Conviviente	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión.	6	12-20	5
	35	Tiene antecedente penal	Primaria completa Trabaja	Confesión. Confesión sincera Reincidencia	6	12-20	8

EXPEDIENTES			Medio social Víctima no recupero sus bienes				
	36	Carencia de antecedente penal Ser joven	Arraigo familiar Trabaja	Confesión.	7	12-20	8
	37	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	No trabaja Arraigo familiar Víctima recupero parte de sus bienes	Confesión.	7	12-20	7
	38	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	Secundaria incompleta No trabaja Arraigo familiar Victima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20	6
	39	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Tiene otro tipo de antecedente Ser joven	Secundaria incompleta No trabaja Victima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión sincera	6	12-20	6
	40	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente Primaria incompleta No trabaja Carencia social Víctima recupero sus bienes	Confesión. Tentativa Reincidencia	7	12-20	7
	41	Carencia de antecedente penal	Conviviente Carencia social No trabaja Víctima no recupero sus bienes Secundaria incompleta	Confesión.	13	12-20	13

EXPEDIENTES	42	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta Conviviente Arraigo familiar Víctima no recupero sus bienes Carencia social Trabaja	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión. Arrepentimiento	8	12-20	11
	43	Carencia de antecedente penal, judicial y policial	Secundaria completa No trabaja Victima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida	5	12-20	6
	44	Carencia de antecedente penal Ser joven	Conviviente Arraigo familiar Secundaria incompleta Víctima no recupero sus bienes	—	4	12-20	12
	45	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Tentativa	4	12-20	7
	46	Carencia de antecedentes penal y judicial	Secundaria completa Víctima recupero parte de sus bienes No trabaja	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida Tentativa	5	12-20	3
	47	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Secundaria completa Trabaja Víctima recupero parte de sus bienes	Confesión.	5	12-20	8
	48	Carencia de antecedente penal Ser joven	Arraigo familiar Conviviente Víctima no recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera.	7	12-20	5
	49	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Conviviente	Tentativa Responsabilidad restringida Confesión.	4	12-20	5
	50	Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Secundaria incompleta Arraigo familiar Conviviente Víctima no recupero sus	Confesión.	4	12-20	10

EXPEDIENTES			bienes				
	51	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20	7
	52	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta	—	15	12-20	12
	53	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente No trabaja Víctima no recupero sus bienes	Confesión.	5	12-20	10
	54	—	Secundaria completa Trabaja	Reincidencia Tentativa Arrepentimiento Confesión.	7	12-20	7
	55	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta Carencia social No trabaja Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Tentativa	8	12-20	7
	56	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria completa No trabaja Víctima recupero parte de sus bienes	Confesión.	6	12-20	9
	57	Tiene antecedente penal Ser joven	No trabaja Arraigo familiar Primaria completa	Reincidencia Tentativa Confesión.	10	12-20	6
	58	Tiene antecedente penal Ser joven	No trabaja Primaria incompleta	Reincidencia Tentativa Confesión.	10	12-20	6
	59	Ser joven	Secundaria completa No trabaja Víctima recupero sus bienes	Reincidencia Tentativa	8	12-20	8
	60	Ser joven	Secundaria completa No trabaja Arraigo familiar Conviviente Víctima recupero sus bienes	Reincidencia Tentativa	8	12-20	8

EXPEDIENTES	61	Ser joven	Secundaria incompleta Arraigo familiar No trabaja Víctima no recupero sus bienes	No está dentro de responsabilidad restringida Confesión.	13	12-20	12
	62	Carencia de antecedente penal Ser joven	No trabaja Secundaria incompleta Arraigo familiar	Tentativa	6	12-20	10
	63	Carencia de antecedente penal Ser joven	No trabaja Primaria incompleta Arraigo familiar	Tentativa	6	12-20	10
	64	Tiene antecedente penal Ser joven	Carencia social No trabaja Primaria incompleta	Tentativa Reincidencia Confesión.	7	12-20	9
	65	Carencia de antecedente penal Ser joven		Responsabilidad restringida Confesión.	4	12-20	6
	66	Tiene antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20	8
	67	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa Arraigo familiar	—	7	12-20	10
	68	Carencia de antecedente penal	Carencia social Víctima recupero sus bienes	—	7	12-20	11
	69	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria completa Carencia social No trabaja	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión.	4	12-20	6
	70	Carencia de antecedente penal	Edu. técnica incompleta Carencia social	Responsabilidad restringida Tentativa Confesión. Confesión sincera	4	12-20	5
	71	Tiene antecedente penal	Secundaria incompleta Conviviente Arraigo familiar Carencia social No trabaja Víctima no recupero sus	—	12	12-20	15

EXPEDIENTES			bienes				
	72	Trató de reparar el daño espontáneamente Carencia de antecedente penal y judicial Ser joven	Arraigo familiar Primaria completa No trabaja Víctima no recupero sus bienes	Confesión.	5	12-20	9
	73	Carencia de antecedente penal Medio empleado	Secundaria completa Carencia social No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	6	12-20	6
	74	Tiene antecedente penal Ser joven	Secundaria completa Trabaja Víctima recupero sus bienes	Confesión.	4	12-20	6
	75	Tiene antecedente penal Ser joven	Víctima recupero sus bienes Carencia social Primaria completa No trabaja	Confesión. Reincidencia	7	12-20	8
	76	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Responsabilidad restringida Confesión.	10	12-20	7
	77	Carencia de antecedente alguno	Secundaria incompleta Trabaja	Tentativa Responsabilidad restringida Confesión.	6	12-20	6
	78	Tiene antecedente penal	Arraigo familiar Conviviente No trabaja	Tentativa Confesión.	6	12-20	6
	79	—	Primaria incompleta No trabaja Arraigo familiar Conviviente Víctima recupero sus bienes	Tentativa Reincidencia	10	12-20	9
	80	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja Carencia social Víctima recupero sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión.	7	12-20	7

EXPEDIENTES	81	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja Carencia social Víctima recupero sus bienes	Confesión.	7	12-20	9
	82	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Ser joven	Secundaria completa Carencia social Conviviente No trabaja	Tentativa	12	12-20	10
	83	Carencia de antecedente penal, judicial y policial Ser joven	Secundaria completa Carencia social No trabaja	Tentativa	12	12-20	9
	84	Carencia de antecedente penal	Primaria completa Carencia social	No está dentro de responsabilidad restringida	35 (cadena perpetua)	Cadena perpetua	31
	85	Ser joven	Primaria completa Carencia social No trabaja Arraigo familiar	Confesión. Confesión sincera Responsabilidad restringida	9	12-20	11
	86	Tiene antecedente penal	Trabaja Edu. Técnica incompleta (secundaria completa) Víctima no recupero sus bienes	Reincidencia.	12	12-20	11
	87	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa	Confesión. Arrepentimiento Tentativa	6	12-20	5
	88	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta Carencia social No trabaja Víctima recupero parte de sus bienes	Responsabilidad restringida Confesión. Confesión sincera	4	12-20	8
	89	Carencia de antecedente penal Ser joven	Secundaria incompleta	Tentativa Confesión.	8	12-20	6
	90	Tiene antecedente penal	Secundaria completa	Tentativa Confesión	9	12-20	7

EXPEDIENTES	91	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Confesión sincera	8	12-20	6
	92	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa Víctima recupero sus bienes	Confesión sincera.	6	12-20	6
	93	Tiene antecedente penal	Secundaria completa Víctima recupero sus bienes	Confesión sincera. Reincidencia	6	12-20	6

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (–) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 8, que existen más criterios que en la tabla 7 y que se ha adicionado una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se han adicionado criterios que se refieren mayoritariamente al grado de educación (cultura) o instrucción del procesado, su ocupación (situación económica), su arraigo familiar, la convivencia y sus condiciones personales, a los criterios que fueron tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena.⁽³¹⁸⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (denominada “pena predicha”), se observa que las penas señaladas en dicha columna son mayoritariamente distintas a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los respectivos casos analizados, siendo que en

(318) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

24 casos las respectivas penas proyectadas han disminuido, mientras que en 45 casos las respectivas penas proyectadas han aumentado, y en el resto (23 casos) las respectivas penas proyectadas se han mantenido (son iguales a las penas originarias).⁽³¹⁹⁾ La obtención de estas penas se realizó mediante el mismo procedimiento que en los expedientes del 2010 (116 sentencias condenatorias y otros actuados), es decir, mediante la econometría.⁽³²⁰⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 4), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

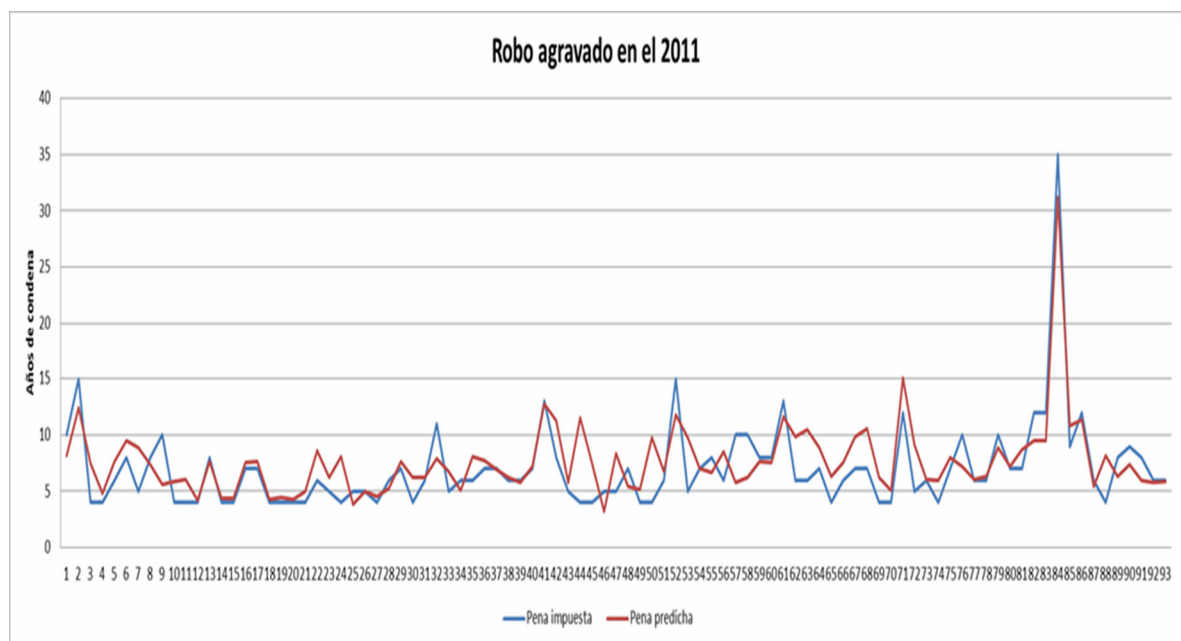


Figura 4. Delito de robo agravado en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes de 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

(319) El otro caso fue sancionado con cadena perpetua, pero el sistema proyectó una pena de 31 años, es decir, la pena impuesta ha disminuido.

(320) Por lo tanto, todas las pautas señaladas al respecto, son aplicables al cálculo de la “pena predicha” en este delito (robo en la modalidad agravada), cuya pena conminada para los casos analizados oscilan entre 12 y 20 años de pena privativa de libertad y la cadena perpetua; y más adelante, en los demás delitos (violación sexual de menor de edad, parricidio y asesinato).

Se observa en la representación gráfica (figura 4), que la curva (poligonal) de color azul es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, es bastante variable; no obstante, que en ciertas ocasiones se ha mantenido constante (pena constante), siendo una de sus manifestaciones una curva bastante pronunciada (pena de cadena perpetua) y las demás, que no son tan pronunciadas; mientras que la curva (poligonal) de color rojo, esto es, la pena proyectada (“pena predicha”) se ha mantenido regularmente oscilante, pero no tanto como la pena impuesta, y ello quiere decir que la “pena predicha”, considerando todos los criterios presentes en los expedientes analizados, no es tan variable como la pena impuesta; no obstante, que en ciertas ocasiones se ha mantenido constante (la pena originaria se mantuvo), siendo una de sus manifestaciones una curva bastante pronunciada (pena de cadena perpetua). He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) presentes o concurrentes en los respectivos expedientes analizados.

B.2). Delito de Violación Sexual de Menor de Edad en Expedientes de 2011

Tabla 9:

Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de violación sexual de menor de edad.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	—	—	Tentativa Confesión.	10	25-30
	2	Carencia de antecedente penal	—	—	35	Cadena perpetua

EXPEDIENTES	3	Carencia de antecedente penal	—	Impacto social Confesión.	30	Cadena perpetua
	4	Tiene antecedente penal Grado de consumación del delito	Carencia social Primaria completa	Impacto social	35	Cadena perpetua
	5	Carencia de antecedente penal	—	—	20	Cadena perpetua
	6	Carencia de antecedente penal	Trabaja	Confesión. Confesión sincera.	15	30-35
	7	Carencia de antecedente penal	No trabaja	Confesión sincera.	4	30-35
	8	Carencia de antecedente penal y judicial	—	—	30	Cadena perpetua
	9	Carencia de antecedente penal	—	Confesión.	22	30-35
	10	Padecer de pleura pulmonar	—	Confesión. Tentativa	35	Cadena perpetua

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas o que el órgano jurisdiccional respectivo no lo(s) observó. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 9, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración principalmente en la graduación de la pena, las condiciones personales del procesado, específicamente la carencia de antecedente penal y la edad (en 1 caso) y el grado de consumación del delito. En la segunda columna, denominada “valoración de criterios del artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración el grado de instrucción o de educación del procesado (en 1 caso) y su actividad a la que se dedica (en 2 casos). En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración principalmente, la confesión (sincera) más

en la acepción de aceptación de cargos imputados que como medio de prueba⁽³²¹⁾ y el impacto social. Estos criterios observados (tomados en cuenta) por el órgano jurisdiccional no son tan numerosos como en el delito de robo en la modalidad agravada de expedientes del 2011, explicándose el mismo en la diferencia de delitos y en los bienes jurídicos protegidos (ver Nota 282 de la presente tesis).

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta” se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de acuerdo a los criterios que se señalan en la tabla 9, a cada autor y partícipe, en las 10 sentencias condenatorias analizadas en el delito de violación sexual de menor de edad, en expedientes del 2011; de las cuales en 3 casos impuso 35 años de pena, en otros 2 casos impuso 30 años de pena y en el resto de casos impuso 22, 20, 15, 10 y 4 años de pena, respectivamente.

En la quinta columna, denominada “pena conminada”, se observan las penas conminadas del delito de violación sexual de menor de edad (la mayoría de los casos (sentencias) analizados fue cuando las víctimas tenían edades de no mayor de 10 años (inc. 1 del artículo 173° del CP), otro tanto fue, cuando las víctimas tenían edades de no mayor de 14 años ni menor a 10 años (inc. 2 del artículo 173° del CP), y un caso fue, cuando la víctima tenía una edad de no mayor de 18 años ni menor a 14 años (inc. 3 del artículo 173° del CP)), siendo que existen 2 clases de penas conminadas (o básicas) en este delito, una, privativa de libertad temporal y otra, privativa de libertad intemporal (la cadena perpetua); y en los expedientes analizados, hubo 6 casos donde la pena conminada es de cadena perpetua, en tanto que la otra clase de pena conminada, esto es, la privativa de libertad, hubo 4 casos (las penas impuestas, todas están por debajo del extremo

(321) Conviene precisar aquí, que se mantiene la diferencia, al igual que en los anteriores casos analizados, entre “confesión” y “confesión sincera”.

mínimo de pena conminada de este delito), y oscilan entre 30 a 35 años (3) y 25 a 30 años (1). El órgano jurisdiccional en ninguno de estos casos analizados impuso la pena intemporal, de acuerdo con el principio de legalidad. Conviene precisar aquí, que con esto último no es que se esté a favor de la imposición de penas graves o elevadas extremas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana o el ser de la posición de la estricta legalidad sino, todo lo contrario.

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 9, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en ninguno de casos analizados de expedientes del 2011 en el delito de violación sexual de menor de edad, el órgano jurisdiccional siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena;⁽³²²⁾ no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados;⁽³²³⁾ realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, así como una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de

(322) Las sentencias condenatorias analizadas, equivalen a 9 expedientes del año 2011. Según información (adicional) que nos proporcionó la Gerencia de Informática General del Poder Judicial, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, la cantidad total de expedientes de violación sexual de menor de edad con sentencia firme en el 2011 fue de 235, que comparado con la primera cantidad equivale porcentualmente a 3.8% aproximadamente, constituyendo ello un porcentaje de considerable importancia para los fines que interesa.

(323) Más adelante se mostrará otra tabla donde se observará tanto los criterios tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto como los criterios no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, y se observará como todos estos criterios –que obran en los expedientes analizados– coadyuvan trascendentalmente a imponerse una pena distinta a la impuesta por el órgano jurisdiccional en los casos concretos, que por cuestiones didácticas se le ha denominado “pena predicha”.

Procedimientos Penales.⁽³²⁴⁾

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano jurisdiccional no siguió algún procedimiento o metodología en los 10 casos analizados de expedientes del 2011 en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽³²⁵⁾ solo se limitó a señalar determinados criterios de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional haya procedido al azar en la graduación de la pena.

El órgano jurisdiccional no valoró (observó) todos los criterios (genéricas o específicas) que estaban presentes en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados (del 2011); no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 9); a propósito de esto, más adelante se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no

(324) De los 10 casos analizados, 5 finalizaron (llegaron a término) manera anticipada (por aplicación de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada Proceso o por confesión sincera del procesado), y ya se conoce, que el órgano jurisdiccional gradúa –o debe graduar– la pena diligentemente tomando en cuenta todos los criterios presentes o concurrentes en el caso concreto, siendo esta pena atenuada, así como no necesariamente está –o estará– por debajo del mínimo legal, conforme se colige del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116, del 18 de julio de 2008. Los otros 5 casos analizados siguieron el trámite de un proceso ordinario o normal (con etapa probatoria, con contradictorio, etcétera). Más adelante se verán los resultados producto de la observancia o no observancia de todos los criterios presentes en los casos analizados por parte del órgano jurisdiccional.

(325) Este acuerdo plenario es de cumplimiento obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier tipo de procesos; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellos casos donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fj. 8), cuyas exigencias el órgano jurisdiccional no los tomó en cuenta en los casos analizados.

observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta, reflejándose ello en la pena proyectada denominada “pena predicha”.

El órgano jurisdiccional realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, en 4 (casos) de los 5 casos en que aplicó esta Ley, toda vez que la aceptación de cargos imputados por parte de los procesados no fue de manera firme y contundente en todo el proceso penal; es decir, la confesión de los procesados no cumplió con los requisitos externos o internos que exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 19 (segundo párrafo).

El órgano jurisdiccional realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera previsto en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales en 2 únicos casos en que tomó en consideración este criterio, toda vez que los respectivos procesados dieron declaraciones distintas e incluso contradictorias, durante proceso penal, sobre los hechos punibles cometidos; es decir, sus declaraciones no reúnen las características de la sinceridad de la confesión, como el ser completa, veraz, persistente, oportuna y de cierta relevancia, conforme lo exige el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio del 2008, fundamento 21 (párrafo tercero), y como tal no se debió disminuir la pena impuesta por debajo del mínimo legal.

En conclusión, que como consecuencia de la no observancia por parte del órgano jurisdiccional del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008, de todos los criterios o circunstancias presentes (concurrentes) en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, de la aplicación adecuada de la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, y de la valoración adecuada de la confesión sincera, prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; la mayoría de penas impuestas (4) están por debajo del extremo mínimo de pena del delito de violación sexual de menor de

edad respecto de los casos (sentencias) de este delito, que tiene como pena conminada (o básica), la privación de libertad temporal; no así respecto de los casos (6) donde este delito, tiene como pena conminada la cadena perpetua; y 3 casos donde las penas impuestas son ínfimas. La primera situación mencionada aunado a la situación de penas ínfimas, es criticable y preocupante, toda vez que, no está comprendida dentro del supuesto que, por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado, el órgano jurisdiccional le está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, p. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109)

En las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2011, los hechos eran graves, además ha de considerarse el promedio de edades de las personas condenadas, era aproximadamente de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años), al igual que en las sentencias de expedientes del 2010.

Por otro lado, la situación antes mencionada, tampoco es aceptable, toda vez que no favorece el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional, que imponga penas por debajo del extremo mínimo (de pena conminada del delito respectivo), e incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

La situación antes mencionada, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista; sino, desde una perspectiva de política criminal, refleja, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (por debajo del extremo mínimo de pena conminada, e ínfimas); premiación que se dio en 4 casos (sentencias) en expedientes del 2011, claro, que no es una cantidad considerable, pero se dio, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas concurrentes, pero sobre todo de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y, sobre todo, resulta también preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos de violación sexual de menor de edad, establecido en el artículo 173° del Código Penal. Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 10:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de violación sexual de menor de edad.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	—	Secundaria incompleta	Tentativa Confesión.	10	25-30	22
	2	Carencia de antecedente penal	Primaria incompleta Arraigo familiar	Parentesco	35	Cadena perpetua	30

EXPEDIENTES			Conviviente				
	3	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta	Impacto social Confesión. Confesión sincera	30	Cadena perpetua	26
	4	Tiene antecedente penal Grado de consumación del delito	Carencia social Primaria completa Arraigo familiar	Impacto social	35	Cadena perpetua	34
	5	Carencia de antecedente penal	Secundaria completa Trabaja	—	20	Cadena perpetua	28
	6	Carencia de antecedente penal	Trabaja Arraigo familiar Conviviente Secundaria incompleta	Confesión. Confesión sincera	15	30-35	23
	7	Carencia de antecedente penal	No trabaja Arraigo familiar Secundaria completa	Confesión sincera.	4	30-35	22
	8	Carencia de antecedente penal y judicial Edad avanzada (60 años)	Superior completa Trabaja Arraigo familiar	—	30 (18)	Cadena perpetua	28
	9	Carencia de antecedente penal Ser joven	Ausencia de educación (iletrado)	Confesión.	22	30-35	25
	10	Padecer de pleura pulmonar	No trabaja Carencia social Arraigo familiar Edu. técnica completa	Confesión. Tentativa	35	Cadena perpetua	31

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (—) = no se encontró criterio alguno en las sentencias condenatorias y otros actuados analizadas. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla N° 10, que existen más criterios que en la tabla 9 y que se ha adicionado una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se han adicionado criterios que se refieren mayoritariamente al grado de educación (cultura) o instrucción del procesado, su arraigo

familiar y su ocupación (situación económica), a los criterios que fueron tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena.⁽³²⁶⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (sexta), denominada “pena predicha”, se observa que las penas señaladas en dicha columna son distintas, en su totalidad, a las penas impuestas por el órgano jurisdiccional en los respectivos casos analizados, siendo que en 5 de los 10 casos analizados las respectivas penas proyectadas han aumentado respecto a las impuestas⁽³²⁷⁾ y en los otros 5 casos restantes, las respectivas penas proyectadas han disminuido respecto a las impuestas; no obstante, que tenían como pena conminada la cadena perpetua. La obtención de estas penas se realizó mediante el mismo procedimiento que en el anterior delito (robo en la modalidad agravada), es decir, mediante la Econometría.⁽³²⁸⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 5), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

(326) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

(327) Existe un caso donde el delito que tiene como pena conminada, la cadena perpetua y el sistema econométrico ha proyectado una pena mayor a la impuesta (de 20 a 28 años).

(328) Por lo tanto, todas las pautas señaladas al respecto, son aplicables al cálculo de la “pena predicha” en este delito (violación sexual de menor de edad), con la única diferencia de la pena conminada (temporal) que oscila entre 25 a 30 años y 30 a 35 años de pena; y la cadena perpetua que se ha considerado, en todos los delitos, como de 35 años de pena).

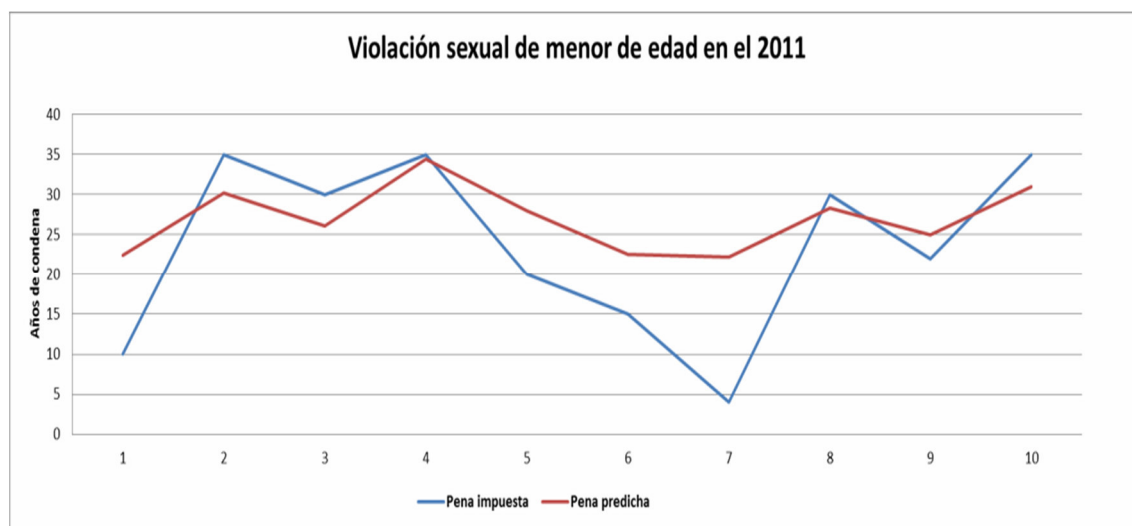


Figura 5. Delito de violación sexual de menor de edad en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes de 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

Se observa en la representación gráfica (figura 5), que la curva (poligonal) de color azul no es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, en un primer momento comienza a ascender hasta llegar al límite máximo (35 años de pena), luego comienza a descender ligeramente hasta llegar a un límite (entre 30 y 35 años de pena) para luego ascender hasta al límite (35 años de pena), luego nuevamente comienza a descender gradualmente hasta llegar a un límite mínimo (entre 0 y 5 años de pena) para luego nuevamente ascender hasta llegar al límite máximo (35 años de pena), luego nuevamente comienza a descender hasta llegar a un límite (entre 20 y 25 años de pena) para luego, nuevamente, comenzar a ascender ligeramente hasta llegar al límite máximo (35 años de pena); mientras que la curva (poligonal) de color rojo no es tan oscilante como la curva de color azul, ello quiere decir que la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios presentes en los expedientes analizados, en un primer momento, comienza con una determinada pena (entre 20 y 25 años) y asciende

gradualmente hasta llegar a un límite (30 años de pena) para luego descender ligeramente hasta llegar a otro límite (entre 25 y 30 años de pena), luego nuevamente comienza a ascender ligeramente hasta llegar al límite máximo (35 años de pena) para luego, nuevamente, comenzar a descender gradualmente hasta llegar a un límite (entre 20 y 25 años de pena), luego la pena proyectada comienza a ascender ligeramente hasta llegar a un límite (entre 25 y 30 años de pena) para luego, nuevamente, descender hasta llegar a otro límite (entre 25 y 30 años de pena) y finalmente, nuevamente, comienza a ascender gradualmente. He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) presentes o concurrentes en los respectivos expedientes analizados.

B.3). Delito de Homicidio Calificado en Expedientes de 2011

Tabla 11:

Criterios observados en expedientes del 2011 en el delito de homicidio calificado.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	valoración del art. 45° CP	valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal y policial	Primaria completa Arraigo familiar Carencia social No trabaja	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento Tentativa	14	15-35
	2	Carencia de antecedente penal	–	Responsabilidad restringida Impacto social Confesión. Confesión sincera	10	15-35
	3	Tiene antecedente penal Ser joven	Secundaria completa Arraigo familiar	Confesión. Confesión sincera.	20	15-35

EXPEDIENTES	4	Carencia de antecedente penal Medio social	No trabaja Secundaria completa	Inimputabilidad relativa	13	15-35
	5	Carencia de antecedente penal Medio social	No trabaja Secundaria completa	Inimputabilidad relativa	13	15-35
	6	Carencia de antecedente penal	Superior incompleta	Tentativa Inimputabilidad relativa	4	15-35

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. La raya (-) = que el órgano jurisdiccional respectivo no observó el (los) criterio(s) presente(s) en la sentencia condenatoria respectiva y otros actuados analizada. Elaboración: Autor.

Se puede observar en la tabla 11, que en la primera columna, denominada “valoración de criterios del artículo 46° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración en la graduación de la pena, principalmente las condiciones personales del agente, particularmente la carencia o tenencia de antecedente penal, judicial y policial y el medio social. En la segunda columna “valoración de criterios del artículo 45° del Código Penal”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración el grado de educación o de instrucción del procesado, su actividad a la que se dedica (situación económica) y su arraigo familiar. En la tercera columna, denominada “valoración de otros criterios”, el órgano jurisdiccional tomó en consideración la confesión (sincera) más en la acepción de aceptación de cargos imputados que como medio de prueba (regulado en el artículo 136° del C de PP)⁽³²⁹⁾ y la inimputabilidad relativa o restringida del procesado (regulado en el artículo 21° del CP).⁽³³⁰⁾

En la cuarta columna, denominada “pena impuesta”, se observa que el órgano jurisdiccional impuso penas (privativas de libertad), que han sido determinadas de

(329) Conviene precisar aquí, que se mantiene la diferencia, al igual que en los anteriores casos analizados, entre “confesión” y “confesión sincera”.

(330) El total de casos analizados son solo 6, toda vez que estos delitos, ese entonces, eran de escasa comisión, en comparación con los demás delitos mencionados en la presente tesis (robo en la modalidad agravada y violación sexual de menor de edad).

acuerdo a los criterios que se señalan en la tabla 11, a cada autor y partícipe, en las 6 sentencias condenatorias analizadas de los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal,⁽³³¹⁾ en expedientes del 2011; de las cuales en 2 casos impuso 13 años de pena, en otro caso (1) impuso 4 años de pena, en otro caso (1) impuso 10 años de pena, en otro caso (1) impuso 14 años de pena y en otro caso (1) impuso 20 años de pena. De esto se colige, que en 5 casos (sentencias) analizados las penas impuestas están por debajo del extremo mínimo de pena conminada de los respectivo delitos antes mencionado, y solo en 1 caso, la pena impuesta está por encima del extremo mínimo de pena conminada de uno de los delitos antes mencionado.⁽³³²⁾

En la quinta columna, denominada “pena conminada” se observa que las penas conminadas de los delitos regulados en los artículos 107° (parricidio) y 108° (asesinato) del Código Penal (que en la mayoría de casos (sentencias) analizados fue por lucro (inc. 1 del artículo 108° del CP) y una minoría fue con gran crueldad (inc. 3 del artículo 108° del CP) y 3 casos fue de parricidio, siendo 2 de estos, el conyugicidio, y 1 caso de parricidio en sí (artículo 107° del CP)), siendo estas, de una sola clase en ambos delitos, esto es, la pena privativa de libertad temporal que oscila entre 15 a 35 años de pena (ver Nota 297 del presente capítulo).

Ahora sistematizando la información que se puede extraer de la tabla 1, relacionada al tema en cuestión, se puede sentar y afirmar, que en la mitad de casos analizados de

(331) En estos artículos se encuentran regulados, lo que en doctrina penal se denomina, el parricidio y el asesinato respectivamente. De manera que, por el término “homicidio calificado” ha de referirse a estos delitos del Código Penal vigente.

(332) Además, ha de considerarse, *prima facie*, que las penas impuestas por el órgano jurisdiccional no son del todo adecuadas, tal como se observará más adelante, con mayor claridad, cuando se proyecte las nuevas penas, ahora, considerando todos los criterios presentes (observados y no observados por el órgano jurisdiccional) en los casos analizados en la columna denominada “pena predicha”.

expedientes del 2011 en los delitos regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal vigente,⁽³³³⁾ el órgano jurisdiccional no siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena, así como no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados; realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas (estaban previstas al sancionar los tipos penales o que estas sean elementos constitutivos de los hechos punibles); y realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales.

Desarrollando las premisas (fácticas) antes sentadas, se puede afirmar, que el órgano jurisdiccional no siguió algún procedimiento o metodología en 3 de 6 casos analizados de expedientes del 2011 (esto es, el 50%) en el momento de la determinación de la pena, tal como lo exige el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, fundamento 7 (dos párrafos últimos),⁽³³⁴⁾ solo se limitó a señalar determinados criterios

(333) Las 6 sentencias penales condenatorias que se analizaron, 3 son del delito de asesinato y los otros 3 son del delito de parricidio, regulados en los mencionados artículos del Código Penal; y equivalen a 5 expedientes del año 2011. Ahora bien, para mayor información del tema de interés, la Gerencia de Informática General del Poder Judicial nos proporcionó información, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014, sobre la cantidad total de expedientes de homicidio calificado con sentencia firme en el 2011, considerando a este delito como tal, solo al asesinato regulado en el artículo 108° del Código Penal; siendo esta cantidad 8 expedientes, de los cuales solo 2 expedientes se analizaron en cualquiera de los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, y constituyendo ello 25% de la mencionada cantidad de gran importancia para el objeto de la presente tesis; y los otros 3 expedientes analizados (el resto) son del delito de parricidio (artículo 107° del CP). No está por demás mencionar, que la información brindada por la Gerencia de Informática General no incluye el delito de parricidio, solo el delito de asesinato.

(334) Este Acuerdo Plenario es de cumplimiento obligatorio para todos los órganos jurisdiccionales penales en el territorio de la República del Perú, en cualquier tipo de

de determinación de la pena; claro, con esto último no significa que el órgano jurisdiccional haya procedido, en todos los casos (sentencias condenatorias) analizados, al azar en la graduación de la pena. En caso de concurso de delitos (hubo en 1 expediente), el órgano jurisdiccional tampoco ha seguido el procedimiento exigido en el mencionado acuerdo plenario, sobre todo del Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fundamento 7) y el artículo 50° del Código Penal (concurso real de delitos).

El órgano jurisdiccional no tomó en consideración o no valoró, en el momento de la graduación de la pena, todos los criterios que estaban presentes (concurrentes) en los expedientes analizados (sentencias y otros actuados); no obstante, que ello constituye una exigencia obligatoria, conforme se desprende del Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 9); observándose ello en 4 de 6 casos analizados; en 2 de estos 4 casos, los criterios se referían a la actividad que se dedica el procesado y a la educación; y en el resto de casos (2), se referían a la responsabilidad restringida del procesado. Más adelante, se mostrará todos los criterios (observados y no observados) en la tabla respectiva, y se verá como los criterios no observados por el órgano jurisdiccional han incidido de manera manifiesta en la pena impuesta no obstante, que sea una minoría,

procesos; aquí merece particularmente mencionarse, sobre todo en aquellas sentencias condenatorias donde no se aplicó la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento, el Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 (fundamento 8), cuyas exigencias el órgano jurisdiccional no los tomó en cuenta en los expedientes analizados. Por otro lado, resulta *conditio sine qua non* señalar, que en 3 casos analizados, el órgano jurisdiccional aplicó la Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento-Ley N° 28122, el mismo que implicaba que el respectivo proceso penal terminará anticipadamente y que la pena imponerse deberá ser atenuada, y que esta pena (atenuada) no necesariamente, deberá estar por debajo del mínimo legal; mientras que en los otros 3 casos, no aplicó la mencionada Ley, por lo que, los respectivos expedientes se tramitaron por la vía ordinaria (normal).

reflejándose ello en la pena proyectada denominada “pena predicha”.⁽³³⁵⁾

El órgano jurisdiccional realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas, toda vez que estas estaban previstas al sancionarse los tipos penales o que estas sean elementos constitutivos de los hechos punibles, como los regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal. Así valoró doblemente, en 1 de los 6 casos analizados, una cualidad intrínseca (esencial) del delito regulado en el artículo 108° (asesinato) como es la violencia empleada en la comisión del delito, siendo este una circunstancia agravante regulado en el inciso 3 de este artículo el mismo que se refiere a la gran crueldad empleada en la comisión de este delito además, este delito es cualificado por el modo como se materializa el injusto penal del mismo;⁽³³⁶⁾ sin embargo, el órgano jurisdiccional lo valoró en 1 caso doblemente; a pesar de estar prohibido, de acuerdo al artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal. Este párrafo primero establece, que el juez para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatoria de la responsabilidad; ahora, con la modificatoria, por Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, del mencionado artículo, entre otros, está prevista en el párrafo segundo del artículo 45-A del mencionado Código así como en los numerales 1 y 2 del modificado artículo 46° de este Código.

El órgano jurisdiccional realizó una valoración inadecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, toda vez que las declaraciones autoinculpatorias (confesión) del procesado fueron distintas e incluso

(335) Siendo esta minoría 5 criterios –los no observados por el órgano jurisdiccional en el caso concreto– frente 34 criterios observados.

(336) El mismo que lo diferencia del homicidio simple, regulado en el artículo 106° del Código Penal vigente ya que, la pérdida de vida de la persona humana se da en determinadas circunstancias establecidas en la Parte Especial del mencionado Código como, por ejemplo, el artículo 108° del Código Penal [asesinato].

contradictorias, durante proceso penal, sobre el hecho punible cometido; es decir, sus declaraciones no reúnen las características de la sinceridad de la confesión, como el ser completa, veraz, persistente, oportuna y de cierta relevancia, establecidos en el Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008 (fundamento 21),⁽³³⁷⁾ como tal no se debió elevar la pena impuesta, pero tampoco implicaba imponerla por debajo del mínimo legal.⁽³³⁸⁾

En conclusión, que como consecuencia de la no observancia por parte del órgano jurisdiccional de los Acuerdos Plenarios N° 1-2008/CJ-116 y N° 4-2009/CJ-116 del 18 de julio de 2008 y 13 de noviembre del 2009, respectivamente; de la prohibición doble valoración de las circunstancias agravantes específicas que estaban previstas al sancionarse los tipos penales o que sean elementos constitutivos de los hechos punibles, como los regulados en los artículos 107° y 108° del Código Penal; de la valoración adecuada de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales; y de todos los criterios presentes (concurrentes) en los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados; la mayoría de casos (sentencias, 5) analizados donde las penas impuestas están por debajo del extremo mínimo de pena conminada de los delitos regulados en los artículos 107 (parricidio) y 108° (asesinato) del Código Penal, y 2 casos donde las penas impuestas son ínfimas. Esta situación es criticable y preocupante, toda

(337) Conviene precisar aquí, que este Acuerdo Plenario desarrolla la confesión del procesado regulado en la Ley N° 28122-Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento o del Proceso, pero las características de la confesión sincera, regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, están establecidas en el mencionado Acuerdo Plenario. Por lo que, resulta justificado la pertinencia de la mención del Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008.

(338) Este último supuesto está claro, que no se dio. Más adelante se verá, que las penas impuestas por bajo del mínimo legal, en las sentencias condenatorias analizadas, han aumentado, mientras que la única pena impuesta por encima del mínimo legal, ha disminuido (de 20 a 19 años).

vez que no favorece el cumplimiento del fin de la pena, especialmente el preventivo especial (la resocialización); no obstante, que las circunstancias del caso concreto no exigen al órgano jurisdiccional que imponga penas por debajo del extremo mínimo de penas conminadas de los delitos de homicidio calificado, menos penas ínfimas, e incluso bajo criterios de defensa del ordenamiento jurídico (tercera forma de prevención general) tampoco estaría permitido; ya que, este criterio implica que la población deposite su confianza en el Derecho, particularmente en la eficacia protectora del Derecho Penal y no lo contrario (Roxin, 1981, p. 101).

Por otro lado, esta situación tampoco está comprendida dentro del supuesto, que por motivos excepcionales, para evitar la desocialización del condenado, el órgano jurisdiccional le está permitido determinar o graduar la pena, por debajo del grado de culpabilidad por el hecho (punible) cometido; posición que es compartido por el autor Claus Roxin (1981, p. 110 et seq.). Este autor alemán también refiere:

El legislador obliga a, o permite imponer, por razones de prevención especial, una pena inferior a la correspondiente a la culpabilidad cuando la pena correspondiente a la culpabilidad pudiera tener en el caso concreto un efecto perjudicial para la resocialización. (p. 109)

En las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2011, los hechos eran graves, además el promedio de edades de las personas condenadas, al igual que en las sentencias de expedientes del 2010, era aproximadamente de 33 años (la mayoría tenía una edad que oscilaba entre 25 a 40 años).

La situación antes mencionada, ahora, ya no, desde la perspectiva penal funcionalista; sino, desde una perspectiva de política criminal, refleja, de alguna manera, el favorecimiento y premiación a los reos condenados con estas penas (por debajo del

extremo mínimo de pena conminada, e ínfimas); premiación que se dio en 2 casos (sentencias) en expedientes del 2011, claro, que no es una cantidad considerable, pero se dio, por sobrevaloración de circunstancias atenuantes genéricas, pero sobre todo de circunstancias privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse). Y, sobre todo, resulta preocupante, toda vez con ello se puede generar impunidad en los delitos contra la vida, el cuerpo y la salud, particularmente en los delitos en referencia (parricidio y asesinato). Cabe precisar aquí, que con esta última afirmación no es que se está de acuerdo con la posición del respeto estricto de la legalidad o algo parecido al de estar a favor de la imposición de penas graves o elevadas, que avasallen todo lo que implica el respeto de la dignidad de la persona humana sino, todo lo contrario.

A continuación se pronosticará o proyectará la pena respectiva de los expedientes (sentencias y otros actuados) analizados, ahora, considerando todos los criterios, tanto los tomados en cuenta como los no tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional, en los respectivos casos concretos.

Tabla 12:

Criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en el delito de homicidio calificado.

Juzgados Salas Penales		Valoración del art. 46° CP	Valoración del art. 45° CP	Valoración otros criterios	Pena impuesta	Pena conminada	Pena predicha
EXPEDIENTES	1	Carencia de antecedente penal y policial	Primaria completa Arraigo familiar Carencia social No trabaja	Confesión. Confesión sincera Arrepentimiento Tentativa	14	15-35	17
	2	Carencia de antecedente penal	Secundaria incompleta No trabaja	Responsabilidad restringida Impacto social Confesión. Confesión sincera	10	15-35	16

EXPEDIENTES	3	Ser joven Tiene antecedente penal	Secundaria completa Arraigo familiar	Confesión. Confesión sincera	20	15-35	19
	4	Carencia de antecedente penal Medio social	No trabaja Secundaria completa	Inimputabilidad relativa Responsabilidad restringida	13	15-35	13
	5	Carencia de antecedente penal Medio social	No trabaja Secundaria completa	Inimputabilidad relativa Responsabilidad restringida	13	15-35	13
	6	Carencia de antecedente penal	Superior incompleta No trabaja	Tentativa Inimputabilidad relativa	4	15-35	13

Nota: Fuente: Expedientes del 2011 (sentencias condenatorias y otros actuados) de 13 juzgados y 4 salas penales. Elaboración: Autor

Se puede observar en la tabla 12, que existen más criterios que en la tabla 11 y que se ha adicionado una columna más (sexta), denominada “pena predicha” a dicha tabla. En relación al primero, efectivamente se han adicionado criterios que se refieren a la responsabilidad restringida del procesado, su grado de educación (cultura) o instrucción y su ocupación a la que se dedica (situación económica), a los criterios que fueron tomados en cuenta por el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, en los respectivos casos analizados. Los criterios adicionados son los que no observó el órgano jurisdiccional en los respectivos expedientes (sentencias y otros actuados) analizados y que algunos de estos criterios constituyen normas que operativizan, de alguna manera, determinados criterios de determinación judicial de la pena; que si bien es cierto que no son numerosos, pero el mismo no significa que no hayan incidido de manera importante en las penas proyectadas.⁽³³⁹⁾

En cuanto al segundo, adición de una columna más (sexta), denominada “pena

(339) Estos criterios fueron extraídos de los actuados del expediente respectivo diferente a la sentencia penal condenatoria.

predicha”, se observa que las penas señaladas en dicha columna son distintas a la impuesta por el órgano jurisdiccional en 4 expedientes analizados, mientras que en 1 expediente las respectivas penas proyectadas se han mantenido (son iguales a las penas originarias); siendo que en 3 de los 4 expedientes analizados las respectivas penas proyectadas han aumentado respecto a las impuestas, mientras en 1 expediente (el resto), la respectiva pena proyectada ha disminuido respecto a la impuesta. La obtención de estas penas se realizó mediante el mismo procedimiento que en el anterior delito (violación sexual de menor de edad), es decir, mediante la econometría.⁽³⁴⁰⁾

A continuación se mostrará la representación gráfica (figura 6), entre la “pena impuesta” y la “pena predicha”, con la finalidad de observar la notoria diferencia entre las mismas.

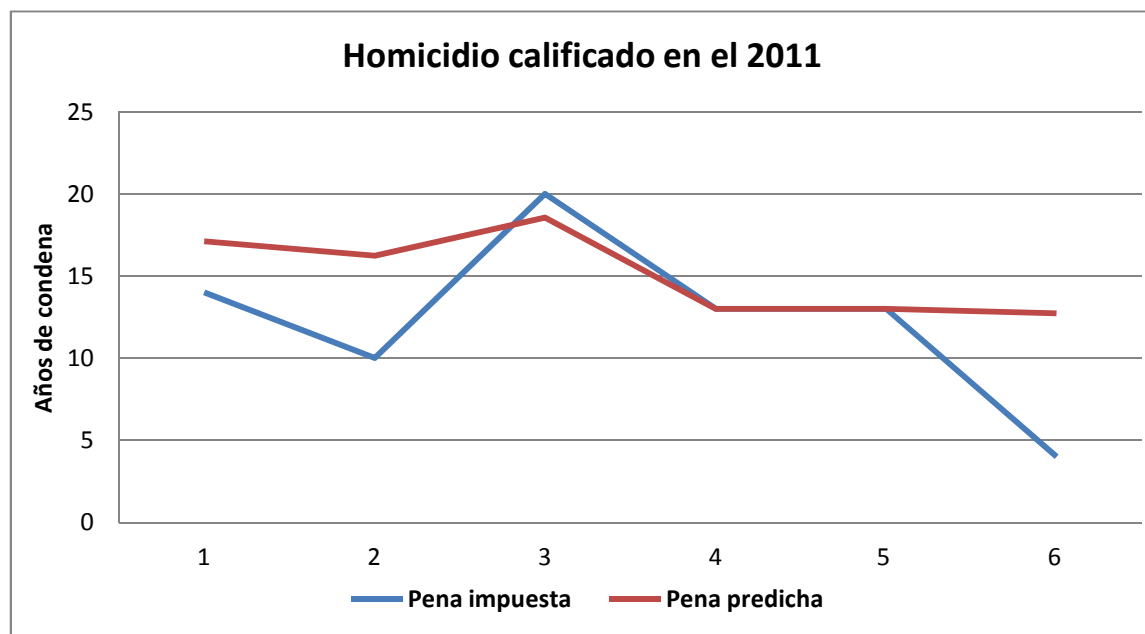


Figura 6. Delito de homicidio calificado en el 2011. Es decir, son criterios observados y no observados en expedientes del 2011 en este delito.

Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes de 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

(340) Por lo tanto, todas las pautas señaladas al respecto, son aplicables al cálculo de la “pena predicha” en estos delitos (parricidio y asesinato), que tienen igual pena conminada (oscilan entre no menor de 15 ni mayor 35 años de pena).

Se observa en la representación gráfica (figura 6), que la curva (poligonal) de color azul no es bastante oscilante, y ello quiere decir que la pena impuesta, considerando solo los criterios observados por el órgano jurisdiccional en los casos analizados, en un primer momento comenzó descendiendo hasta cierto nivel para luego ascender progresivamente, luego descendió nuevamente, ligeramente para mantenerse constante, y al final la pena impuesta comenzó a descender más aún; mientras que la curva (poligonal) de color rojo no es manifiestamente oscilante como la curva de color azul, ello quiere decir que la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios presentes en los expedientes analizados, en un primer momento, comenzó descendiendo ligeramente para luego ascender también, ligeramente, y luego nuevamente descendió ligeramente para, al final, mantenerse constante. He ahí la diferencia entre la pena graduada considerando solo los criterios que el órgano jurisdiccional observó en los respectivos casos analizados y la pena proyectada (“pena predicha”), considerando todos los criterios (observados y no observados) presentes o concurrentes en los respectivos expedientes analizados.

Ahora, resulta conveniente realizar hasta aquí, una síntesis del estado de expedientes (sentencias condenatorias y otros actuados) del 2011 analizados, de los delitos de robo en la modalidad agravada regulado en el artículo 189° del Código Penal, violación sexual de menor de edad regulado en el artículo 173° y de homicidio calificado regulado en los artículos 107° y 108° del mencionado Código; y se vio que el órgano jurisdiccional principalmente, no siguió ningún procedimiento o metodología en el momento de la determinación de la pena, no valoró (observó) todos los criterios que estaban presentes en los expedientes analizados, realizó una interpretación inadecuada de las circunstancias (genéricas) y de la responsabilidad restringida prevista en el artículo 22° Código Penal, valoró doblemente las circunstancias (agravantes específicas) que estaban previstas al sancionarse el respectivo tipo penal o los elementos que constituyen el respectivo hecho

punible, así como, de circunstancias atenuantes (privilegiadas) concurrentes, por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse, y realizó una aplicación inadecuada de la Ley N° 28122, Ley de Conclusión Anticipada del Proceso o del Juzgamiento, y todo da a indicar, al igual que en los expedientes del 2010, en la mayoría de las 109 casos (sentencias condenatorias) analizados, no existe una adecuada graduación judicial de la pena.

3. Procesamiento de la Información Extraída de las Encuestas a Jueces y Fiscales Penales

Ahora, en este apartado del presente capítulo se tratará a la segunda muestra seleccionada, esto es, las encuestas realizadas a jueces y fiscales penales,⁽³⁴¹⁾ que constan de 5 preguntas objetivas y cerradas sobre la determinación judicial de la pena y la motivación de la misma,⁽³⁴²⁾ y en una cantidad de 39.⁽³⁴³⁾

(341) Con esto, se tiene una muestra heterogénea, de sentencias condenatorias y encuestas a jueces y fiscales penales.

(342) Que por error de tipeo se señaló, en el proyecto de la presente tesis, que eran de 4 preguntas; describiendo, de modo general, las preguntas objetivas; la primera pregunta consta de cuatro alternativas, la segunda pregunta consta de dos alternativas, y estas a su vez constan de cuatro subalternativas, la tercera pregunta consta de cuatro alternativas, la cuarta pregunta consta de dos alternativas, y estas a su vez constan de cuatro subalternativas, y la quinta pregunta consta de cuatro alternativas, siendo la última alternativa para completar por el encuestado. Todas las encuestas realizadas han sido anónimas, no obstante los encuestados consignaron sus respectivos apellidos y nombres seguido de su cargo.

(343) Originalmente se tenía proyectado encuestar a 70 jueces y fiscales (superiores), pero esto no fue posible, principalmente por razones de tiempo. Pero, esta cuestión no significa ningún impedimento en la consecución de los objetivos de la presente tesis [Demostrar y establecer explicativamente la existencia de determinación o graduación judicial inadecuada de la pena y la ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena]. La cantidad señalada (*Vide supra*), se tomó, valga la redundancia, como muestra, ergo como el total a ser encuestados.

Las encuestas se realizaron en los despachos de los jueces de juzgados penales en los que se analizaron las sentencias condenatorias firmes (expedientes penales), esto es, en los 13 juzgados para procesos con reos en cárcel, y también en los despachos de jueces de juzgados penales para procesos con reos libres (en los que no se analizó ninguna sentencia condenatoria),⁽³⁴⁴⁾ además de los jueces de salas penales para procesos con reos en cárcel; así como, en los despachos de los fiscales superiores. Todo se realizó en el Distrito Judicial de Lima.⁽³⁴⁵⁾

La cantidad de encuestados fueron 39 y que fueron seleccionados al azar; de los cuales 27 fueron jueces de juzgados (incluido los jueces de juzgados para procesos con reos libres) y salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, y 12 fueron fiscales penales superiores (titulares y adjuntos), ya que los fiscales también, participan en la determinación judicial de la pena en el caso concreto así como en la motivación de la

(344) No obstante, que en algunos juzgados penales para procesos con reos libres también se tramitan los delitos tomados como muestra (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado), según se observa de la información (digital) que nos proporcionó la Gerencia de Informática General del Poder Judicial, a través de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Oficio N° 746-2014-UPD/CSJLI-PJ del 3 de diciembre de 2014. Además, es necesario precisar, que el tema de la graduación judicial de la pena, es de interés de todos los jueces penales en general.

(345) La realización de las encuestas a jueces y fiscales penales se debe a que los resultados mostrarán no solo cómo se graduó o determinó la sanción jurídico-penal, particularmente la pena (privativa de libertad) el órgano jurisdiccional, en el caso concreto en las sentencias condenatorias, sino también la diferencia entre lo dice el órgano jurisdiccional y lo que hizo en las sentencias penales, así como concientizar al Ministerio Público, que la labor que realiza incide bastante en el determinación judicial de la pena. Por otro lado, este instrumento de medición (las encuestas), coadyuvarán a la concretización (verificación o no) de las hipótesis señaladas en el proyecto de la presente tesis.

misma.⁽³⁴⁶⁾

Realizada las 39 encuestas, se procedió a seleccionar la información (y datos) útil(es) de cada uno de las 5 preguntas (en las respectivas alternativas) de que consta estas encuestas,⁽³⁴⁷⁾ para luego ser introducidas a una computadora personal (PC) y procesados informáticamente, mediante el programa *Excel* 2010, y obtener un determinado resultado. Todo con la finalidad de alcanzar los objetivos formulados en el proyecto de la presente tesis.

4. Tabulación de la Información Extraída de las Encuestas a Jueces y Fiscales Penales

La información procesada mediante el programa informático *Excel* 2010 y complementada con el método estadístico, fue tabulada en tablas dividido en 3 columnas (alternativas, número de jueces y fiscales y su representación porcentual) y 4 o 6 filas (alternativas y el total, según sea el caso) y representada en figuras o gráficos (en barras), con la finalidad de una mayor comprensión del resultado obtenido.

La tabulación de la información extraída de las encuestas realizadas muestra el número

(346) La participación de los fiscales penales superiores en las encuestas obedece a 3 razones principales: 1). los fiscales realizan labores directamente vinculados y principales, a la labor del órgano jurisdiccional, siendo una de esas labores la determinación de la pena en base a criterios y circunstancias establecidos en el Código Penal o en alguna ley penal especial; 2). Los fiscales solicitan la sanción jurídico-penal, particularmente un determinado quantum de pena, bajo determinados procedimientos técnicos, y también la reparación civil, pero en aquí solo interesa el primer extremo, esto es, la pena (privativa de libertad); y 3). No la solicita al órgano jurisdiccional penal al azar, sino graduadamente con criterios y circunstancias regulados en los articulados respectivos del Código Penal.

(347) Resulta preciso señalar aquí; que durante la evaluación de las encuestas, se logró observar, que algunos de los encuestados habían seleccionado, sea a través de un aspa, círculo o raya oblicua, más de una alternativa, en cualquiera de las cinco preguntas, siendo información no útil; esta situación, sin embargo, no invalidó ninguna de las 39 encuestas realizadas.

(cantidad) de jueces y fiscales penales que seleccionaron válidamente determinada alternativa, en cada una de las 5 preguntas de que consta la respectiva encuesta; alternativas relacionadas tanto a la determinación o graduación judicial de la pena como a la motivación de la determinación judicial; y que fue representado en porcentaje. A continuación se pasará a explicar e interpretar la información tabulada antecedita por la respectiva pregunta (y sus respectivas alternativas), y complementariamente a ser representadas en figuras o gráficos (en barras), con la finalidad de una mayor facilidad en la comprensión del resultado obtenido y, a su vez, para tener una idea clara del rol que cumplen las encuestas (instrumento de medición), en la consecución de los objetivos formulados en el proyecto de la presente tesis.

A). Primera pregunta:

1. ¿Cómo Ud. gradúa la pena usualmente en el caso concreto?

- a). Siguiendo un determinado procedimiento (etapas) y aplicando los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- b). Sin ningún tipo de procedimiento, aplicando los artículos 45° y 46° del Código Penal.
- c). Siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46°, otros artículos del Código Penal.
- d). Aplicando todos los articulados del Código Penal relacionados a la determinación judicial de la pena.

Tabla 13:

Graduación judicial de la pena.

Alternativas	Jueces y Fiscales	%
a	4	10.26
b	1	2.56

c	22	56.41
d	12	30.77
Total	39	100

Nota: Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 13, que el total de encuestados son 39, entre jueces penales (de juzgados y salas penales) y fiscales penales superiores (titulares y adjuntos), los mismos que seleccionaron cualquiera de las 4 alternativas (proposiciones), relacionada a la determinación judicial de la pena, de la pregunta 1 de la encuesta.

El 10.26% del total de encuestados (39) seleccionaron la alternativa “a” de la pregunta 1 de la encuesta, es decir, 4 encuestados (2 jueces y 2 fiscales), ante un determinado caso concreto, gradúan o determinan la pena respectiva siguiendo un determinado procedimiento (etapas) y aplicando los artículos 45° y 46° del Código Penal.

El 2.56% del total de encuestados (39) seleccionó la alternativa “b” de la pregunta 1 de la encuesta, es decir, 1 encuestado (1 fiscal), ante un determinado caso concreto, gradúa o graduaría la pena sin observar ningún tipo de procedimiento, aplicando solamente los artículos 45° y 46° del Código Penal.

El 56.41% del total de encuestados (39), esto es, la mayoría, seleccionaron la alternativa “c” de la pregunta 1 de la encuesta; es decir, 22 encuestados (17 jueces y 5 fiscales), ante un determinado caso concreto, gradúan la pena respectiva siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código.

Finalmente, el 30.77% del total de encuestados (39) seleccionaron la alternativa “d” de la pregunta 1 de la encuesta, es decir, 12 encuestados (8 jueces y 4 fiscales), ante un determinado caso concreto, gradúan la pena respectiva aplicando los artículos

del Código Penal relacionados a la determinación judicial de la pena, sin observar ningún procedimiento o metodología.

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 7), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 13, con la finalidad de observar en forma más clara los resultados de la pregunta 1 de la encuesta realizada, a los jueces y fiscales penales.

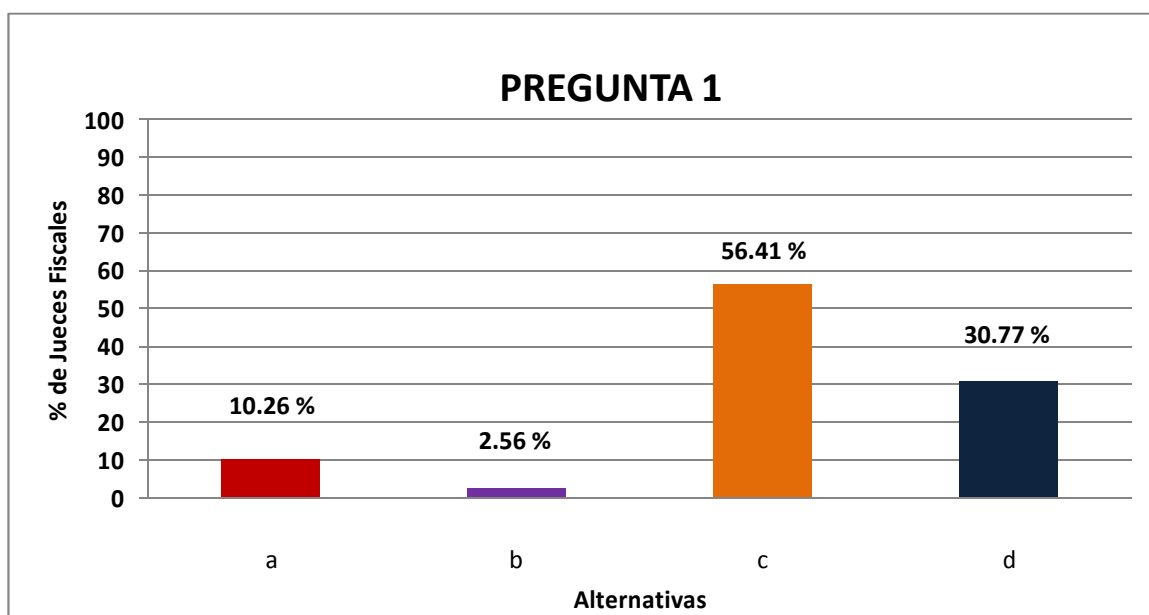


Figura 7. Representación gráfica de la tabla 13.

Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales.

Elaboración: Autor.

B). Segunda pregunta:

2. ¿Ud. encuentra dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena?

A). Sí. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). La ausencia de suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena.
- b). No existe una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena.
- c). No existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la

determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente.

d). Ninguna de las anteriores.

B). No. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

a). Existe suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena.

b). Existe una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena.

c). Existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente.

d). Ninguna de las anteriores.

Tabla 14:

Dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena.

Alternativas	Jueces y Fiscales	%
A	16	53.33
B	14	46.67
Total	30	100

Nota: Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 14, que el total de encuestados, ahora, son 30. Aquí resulta necesario precisar, que en realidad es la misma cantidad de encuestados que en la pregunta 1, lo que sucede es que en la tabulación de esta pregunta, esto es, pregunta 2, se tomó solo en consideración a los encuestados que seleccionaron válidamente

cualquiera de las 2 alternativas y, a su vez, con cualquiera de las 4 subalternativas de que consta estas 2 alternativas de la pregunta 2 de la encuesta, también relacionada a la determinación judicial de la pena,⁽³⁴⁸⁾ y estos fueron 30 encuestados entre jueces penales (de juzgados y salas penales) y fiscales penales superiores (titulares y adjuntos).

El 53.33% del total de encuestados (30), esto es, es la mayoría, seleccionaron alternativa “A” de la pregunta 2 de la encuesta; es decir, 16 encuestados (12 jueces y 4 fiscales), ante un determinado caso concreto, sí encuentran dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena principalmente, porque no existe una capacitación técnico-profesional adecuada respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente (el 50.00%) así como una normatividad adecuada de determinación judicial de la pena (31.25%).⁽³⁴⁹⁾ Mientras, la otra cantidad de

(348) Resulta preciso aclarar aquí respecto a diferencia del número encuestados en relación a la pregunta 2 de esta encuesta, y ello consiste en que 9 encuestados que faltarían (para sumar los 39) es aparente, toda vez que 5 jueces seleccionaron ambas alternativas (“A” y “B”) y otro juez (1) seleccionó más de una subalternativa de la alternativa “B”; y 3 fiscales también, seleccionaron ambas alternativas (“A” y “B”). Las decisiones (elecciones) que adoptaron estos encuestados en esta pregunta de la encuesta, fueron invalidados y no fueron tomados en cuenta para el cálculo porcentual de la pregunta 2, toda vez no se ciñeron a las indicaciones señaladas en la encuesta.

(349) Estas causales constituyen las subalternativas “c” y “b” respectivamente de la alternativa “A” de esta pregunta de la encuesta. Por otro lado, precisando más aún esta información, se debe señalar que de los 16 encuestados, 4 jueces seleccionaron la subalternativa “b” y otros 7 jueces, la subalternativa “c”, mientras por el lado de los fiscales, 1 fiscal seleccionó la subalternativa “b” y otro (1) fiscal, la subalternativa “c”, siendo un total de 11 jueces y 2 fiscales que consideraron a estas subalternativas, como las principales dificultades que encuentran en el momento de la graduación de la pena; y los otros 3 encuestados (1 juez y 2 fiscales), esto es, el 18.75% del total de encuestados que seleccionaron la alternativa “A”, seleccionaron –valga la redundancia– las subalternativas “d” y “a”; de los cuales 2 encuestados (1 juez y 1 fiscal) seleccionaron la subalternativa “d”, y que ante un determinado caso concreto, consideran como dificultad en el momento de la graduación

encuestados, esto es, el 46.67% del total de encuestados (30) seleccionaron la alternativa “B” de la pregunta 2 de la encuesta; es decir, 14 encuestados (9 jueces y 5 fiscales), ante un determinado caso concreto, no encuentran dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena principalmente, porque existe suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena (el 57.14%) así como una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena (el 42.86%).⁽³⁵⁰⁾

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 8), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 14, con la finalidad de observar en forma más clara los resultados de la pregunta 2 de la encuesta, realizada a los jueces y fiscales penales.

judicial de la pena a otro factor distinto a los señalados en las otras subalternativas de esta alternativa; y 1 encuestado (1 fiscal), esto es, el restante, seleccionó la subalternativa “a”, y que ante un determinado caso concreto, considera como dificultad en el momento de la graduación judicial de la pena la ausencia de una normatividad suficiente relacionada a este instituto jurídico-penal.

- (350) Estos factores o causales constituyen las subalternativas “a” y “b” respectivamente de la alternativa “B” de esta pregunta de la encuesta. Por otro lado, precisando más aún esta información, se debe señalar que de los 14 encuestados, 4 jueces seleccionaron la subalternativa “a” y otros 5 jueces, la subalternativa “b”, mientras por el lado de los fiscales, 4 fiscales seleccionaron la subalternativa “a” y otro (1) fiscal, la subalternativa “b”, siendo un total de 9 jueces y 5 fiscales encuestados que constituyen el 100.00% de los 30 encuestados, y que consideran, ante un determinado caso concreto y en el momento de la graduación judicial de la pena, a estos factores o causales como medios que facilitan una adecuada determinación judicial de la pena; y ninguno de los encuestados (juez o fiscal), seleccionó las subalternativas “c” y “d” de la alternativa “B” de la pregunta 2 de la encuesta, por tanto constituyendo ello el 0.00%.

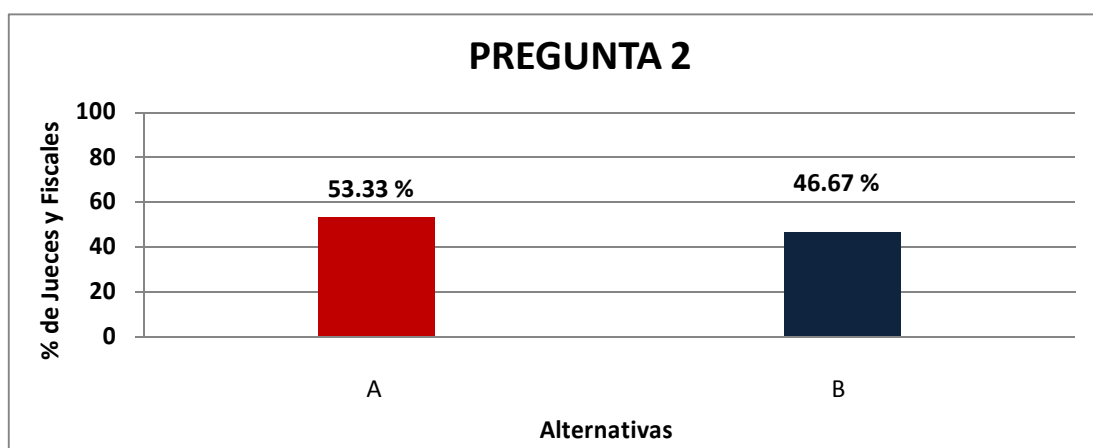


Figura 8. Representación gráfica de la tabla 14.

Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales.

Elaboración: Autor.

C). Tercera pregunta:

3. ¿Cuáles son las razones de la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena?

- a). La ley no lo menciona.
- b). Lo importante es que la pena sea justa.
- c). No estamos debidamente capacitados para ello.
- d). Los casos son muy complejos.⁽³⁵¹⁾

Tabla 15:

Razones de la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena.

Alternativas	Jueces y Fiscales	%
a	4	14.29
b	12	42.86

(351) La formulación de esta pregunta se debe a que la ausencia de motivación y fundamentación adecuada de la determinación judicial de la pena es una realidad evidente, que no necesita de investigarse para demostrar su existencia. Recalcando, este tema está ligado indeliblemente con la graduación judicial de la pena, tal como se explicó en el capítulo II de la presente tesis.

c	9	32.14
d	3	10.71
Total	28	100

Nota: Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 15, el total de encuestados, ahora, son 28. Aquí resulta necesario precisar, que en realidad es la misma cantidad de encuestados que en la pregunta 1, lo que sucede es que en la tabulación de esta pregunta, esto es, pregunta 3, se tomó solo en consideración a los encuestados que seleccionaron cualquiera de las 4 alternativas de esta pregunta, relacionada con la motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena en el proceso de graduación de la misma por el órgano jurisdiccional,⁽³⁵²⁾ y estos fueron 28 encuestados entre jueces penales (de juzgados y salas penales) y fiscales penales superiores (titulares y adjuntos).

El 14.29% del total de encuestados (28) seleccionaron la alternativa “a” de la pregunta 3 de la encuesta, es decir, 4 encuestados (1 juez y 3 fiscales), ante un determinado caso concreto, consideran que no existe la ausencia de motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena, y que se debe (la razón) a que

(352) Resulta preciso aclarar aquí respecto a diferencia del número encuestados en relación a la pregunta 3 de esta encuesta, y ello consiste en que 11 encuestados que faltarían (para sumar los 39) es aparente, toda vez que de estos 11, 5 jueces no seleccionaron ninguna de las alternativas y otros 4 jueces, consideraron otras las razones, ajenas de las que se señalan en esta pregunta de la encuesta, de la ausencia de motivación y fundamentación adecuada de la determinación judicial de la pena; de igual manera sucedió con los señores fiscales, 1 fiscal no seleccionó ninguna de las alternativas y otro fiscal (1), consideró otras las razones, ajenas de las se señalan en esta pregunta, de la ausencia de motivación y fundamentación adecuada de la determinación judicial de la pena. Estas decisiones (elecciones) que adoptaron los encuestados no son válidos y no fueron tomados en cuenta para el cálculo porcentual de la pregunta 3 de la encuesta, toda vez que no cumplieron con las exigencias señaladas en la encuesta.

la ley penal o procesal penal, no los exige tal motivación y fundamentación.

El 42.86% del total de encuestados (28), esto es, la mayoría, seleccionaron la alternativa “b” de la pregunta 3 de la encuesta; es decir, 12 encuestados (10 jueces y 2 fiscales), ante un determinado caso concreto, consideran que no les interesa las razones de la ausencia de motivación y fundamentación adecuada de la determinación judicial de la pena, mas bien lo que sí les interesa es que la pena a imponerse sea justa, no sé conoce cómo.⁽³⁵³⁾

El 32.14% del total de encuestados (28) seleccionaron la alternativa “c” de la pregunta 3 de la encuesta, es decir, 9 encuestados (5 jueces y 4 fiscales), ante un determinado caso concreto, consideran que la razón de la ausencia de motivación y fundamentación adecuada de la determinación judicial de la pena se debe, a que no se encuentran debidamente capacitados para ello.

Finalmente, el 10.71% del total de encuestados (28) seleccionaron la alternativa “d” de la pregunta 3 de la encuesta, es decir, 3 encuestados (2 jueces y 1 fiscal), ante un determinado caso concreto, consideran que la razón de la ausencia de motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena se debe, a que los casos son muy complejos.

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 9), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 15, con la finalidad de observar en forma más clara los resultados de la pregunta 3 de la encuesta realizada, a los jueces y fiscales penales.

(353) Este porcentaje considerable de encuestados, en relación la pregunta 3 (alternativa “b”), no les interesa 2 cosas fundamentales: 1). la determinación de la pena tiene que motivarse y fundamentarse adecuadamente en base a razones objetivas, no solo porque así lo exige la ley sino, la Constitución Política del Estado y el Derecho (procesal penal) positivo; y 2) meridianamente, niegan el fin preventivo especial (positivo) de la pena. Adicionalmente, esta posición adolecería de ser moralista.

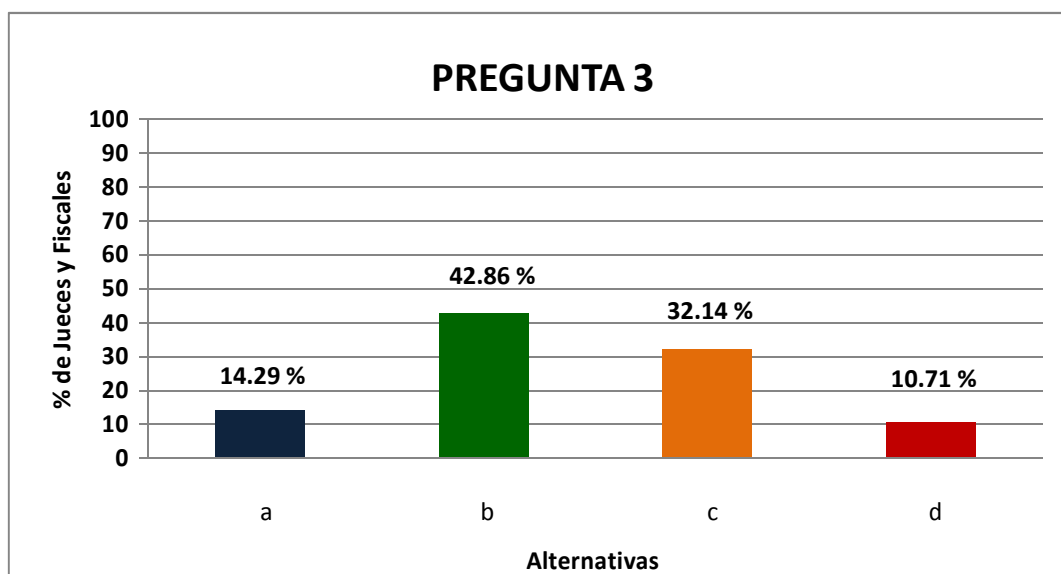


Figura 9. Representación gráfica de la tabla 15.

Fuente: Encuesta realizada a jueces y fiscales penales.

Elaboración: Autor.

D). Cuarta pregunta:

4. ¿Cree Ud. que en ciertos casos, la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada?

A). No. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). Es adecuada y proporcional a la gravedad del hecho cometido.
- b). En todos los casos.
- c). Existe adecuada determinación legal de la pena.
- d). Existe una inadecuada graduación judicial de la pena.
- e). Ninguna de las anteriores.

B). Sí. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). Existe una inadecuada determinación legal de la pena.
- b). Existe una inadecuada graduación judicial de la pena.
- c). Son complejos y difíciles de graduar la pena adecuadamente.
- d). Existe una inadecuada motivación y fundamentación de la pena.
- e). Ninguna de las anteriores.

Tabla 16:

Conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada.

Alternativas	Jueces y Fiscales	%
A	13	38.24
B	21	61.76
Total	34	100

Nota: Fuente: Encuestas realizadas a jueces y fiscales penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 16, que el total de encuestados, ahora, son 34. Aquí resulta necesario precisar, que en realidad es la misma cantidad de encuestados que en la pregunta 1, lo que sucede es que en la tabulación de esta pregunta, esto es, pregunta 4, se tomó solo en consideración a los encuestados que seleccionaron válidamente cualquiera de las 2 alternativas y, a su vez, con cualquiera de las 5 subalternativas de que consta estas 2 alternativas de la pregunta 4 de la encuesta, también relacionada a la determinación judicial de la pena,⁽³⁵⁴⁾ y estos fueron 34 encuestados entre jueces penales (de juzgados y salas penales) y fiscales penales superiores (titulares y adjuntos).

El 38.24% del total de encuestados (34) seleccionaron la alternativa “A” de la

(354) Resulta preciso aclarar aquí respecto a diferencia del número encuestados en relación a la pregunta 4 de la encuesta, y ello consiste en que 5 encuestados que faltarían (para sumar los 39) es aparente, toda vez que 3 jueces seleccionaron una subalternativa en cada uno de las 2 alternativas (“A” y “B”) de la pregunta 4 de la encuesta; y 2 fiscales, de igual manera, esto es, ambos encuestados seleccionaron una subalternativa en cada uno de las 2 alternativas (“A” y “B”) de la misma pregunta de la encuesta. Las decisiones (elecciones) que adoptaron estos encuestados en esta pregunta de la encuesta, fueron invalidados y no fueron tomados en cuenta para el cálculo porcentual de la pregunta 4, toda vez no se ciñeron a las indicaciones señaladas en la encuesta.

pregunta 4 de la encuesta, es decir, 13 encuestados (8 jueces y 5 fiscales), en ciertos casos (supuesto), no consideran que la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada principalmente, porque es adecuada y proporcional a la gravedad del hecho cometido (el 69.23%) así como existe una inadecuada graduación judicial de la pena (el 23.08%).⁽³⁵⁵⁾ Mientras, el 61.76% del total de encuestados (34), esto es, la mayoría, seleccionaron la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta; es decir, 21 encuestados (16 jueces y 5 fiscales), ante ciertos casos concretos, sí consideran que la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada principalmente, porque existe una inadecuada determinación legal de la pena, conminada o básica, (el 57.14%).⁽³⁵⁶⁾

(355) Detallando más aún el porcentaje de encuestados que seleccionaron la subalternativa “a” de la alternativa “A” de la pregunta 4 de la encuesta, es decir, los 6 jueces y 3 fiscales penales, los mismos que no consideran que en ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada, porque es adecuada y proporcional a la gravedad del hecho cometido. De igual manera, con el otro porcentaje de encuestados seleccionaron la subalternativa “d” de la alternativa “A” de la pregunta 4 de la encuesta, esto es, el 23.08%, y se trata de 2 jueces y 1 fiscal, que no consideran que en ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada, toda vez que existe una inadecuada graduación judicial de la pena. El porcentaje restante de encuestados que seleccionaron la alternativa “A” de la pregunta 4 de la encuesta, esto es, el 7.69% (1 fiscal), no considera que en ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada, toda vez que existe una adecuada determinación legal de la pena (conminada o básica). Por otro lado, no está por demás señalar, que ninguno de los encuestados seleccionaron las subalternativas “b” y “e” de la alternativa “A” de la pregunta 4 de la encuesta.

(356) Este factor constituye la subalternativa “a” de la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta y comprende a 8 jueces y 4 fiscales que seleccionaron esta subalternativa. El 9.52% del total de encuestados que seleccionaron la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta, es decir, 2 jueces seleccionaron la subalternativa “c” de esta alternativa, y consideran que en ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad, sí resulta desproporcionada, porque son complejos y difíciles de graduar la pena adecuadamente. El

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 10), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 16, con la finalidad de observar en forma más clara los resultados de la cuarta pregunta de la encuesta realizada, a los jueces y fiscales penales.

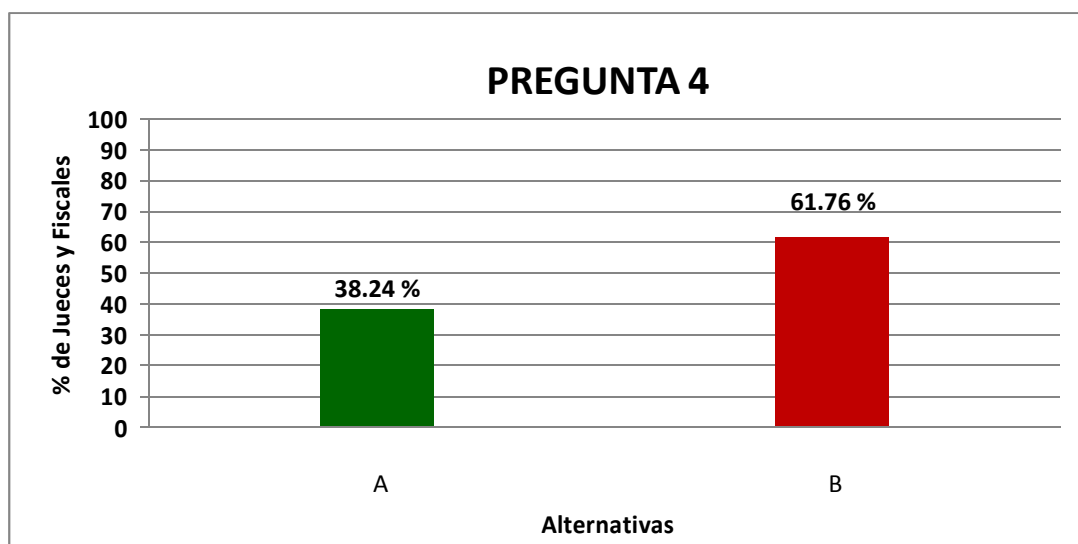


Figura 10. Representación gráfica de la tabla 16.

Fuente: Encuestas Realizadas a Jueces y Fiscales Penales.

Elaboración: Autor.

4.77% del total de encuestados que seleccionó la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta, es decir, 1 juez seleccionó la subalternativa “b” de esta alternativa, y considera que ante ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad, sí resulta desproporcionada, porque existe una inadecuada graduación judicial de la pena. El otro 4.77% del total de encuestados que seleccionó la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta, es decir, 1 fiscal seleccionó la subalternativa “d” de esta alternativa, y considera que ante ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad, sí resulta desproporcionada, porque existe una inadecuada motivación y fundamentación de la pena (referida a la determinación judicial de la pena). Y finalmente, el 23.80% del total de encuestados que seleccionaron la alternativa “B” de la pregunta 4 de la encuesta, es decir, 5 jueces seleccionaron la subalternativa “e” de esta alternativa, y consideran que ante ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad, sí resulta desproporcionada, pero por otros factores o causales distintas a las señaladas en las subalternativas de la alternativa “B” (de la pregunta 4 de la encuesta). Adicionalmente se puede señalar, que estos 21 encuestados siguieron las indicaciones señalados en la encuesta, en cuanto a la alternativa “B” se refiere.

E). Quinta pregunta:

5. ¿Cuál de los siguientes sistemas de determinación judicial de la pena cree Ud. razonablemente, es la más adecuada a nuestra realidad?

- a) El actual sistema o modelo (antes de la modificatoria mediante Ley N° 30076).
- b) El sistema de tercios introducido mediante Ley N° 30076.
- c) El sistema de cuartos que estaba previsto en el Anteproyecto de Código Penal de 2004.
- d) Otro sistema o modelo (Precise su respuesta)

Tabla 17:

Sistema de determinación judicial adecuado a nuestra realidad.

Alternativas	Jueces y Fiscales	%
a	15	39.47
b	20	52.63
c	0	0.00
d	3	7.90
Total	38	100

Nota: Fuente: Encuestas realizadas a jueces y fiscales penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 17, que el total de encuestados, ahora, son 38. Aquí resulta necesario precisar, que en realidad es la misma cantidad de encuestados que en la pregunta 1, lo que sucede es que en la tabulación de esta pregunta de la encuesta, esto es, pregunta 5, se tomó solo en consideración a los encuestados que seleccionaron cualquiera de las 4 alternativas de que consta la pregunta 5, también relacionada a la

determinación judicial de la pena,⁽³⁵⁷⁾ y estos fueron 38 encuestados entre jueces penales (de juzgados y salas penales) y fiscales penales superiores (titulares y adjuntos).

El 39.47% del total de encuestados (38) seleccionaron la alternativa “a” de la pregunta 5 de la encuesta, es decir, 15 encuestados (10 jueces y 5 fiscales) consideran razonablemente, que el sistema o modelo de determinación judicial de la pena (antes de la modificatoria mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013) es –ahora, fue– la más adecuada a la realidad peruana.⁽³⁵⁸⁾

El 52.63% del total de encuestados (38) seleccionaron la alternativa “b” de la pregunta 5 de la encuesta, esto es, la mayoría, y se trata de 20 encuestados (14 jueces y 6 fiscales) que consideran razonablemente, que el sistema o modelo de tercios introducido mediante Ley N° 30076 es la más adecuada a la realidad peruana.⁽³⁵⁹⁾

Finalmente, el 7.90% del total de encuestados (38) seleccionaron la alternativa “d” de la pregunta 5 de la encuesta, es decir, 3 encuestados (2 jueces y 1 fiscal) consideran razonablemente, que otro sistema o modelo de determinación judicial de la

(357) Resulta preciso aclarar aquí respecto a diferencia del número encuestados en relación a la pregunta 5 de la encuesta, y ello consiste en que 1 encuestado que faltaría (para sumar los 39) es aparente, toda vez que 1 juez no seleccionó ninguna de las 4 alternativas de que consta la pregunta antes mencionada.

(358) La alternativa “a” de la pregunta 5 de la encuesta, se refiere al sistema o modelo de determinación judicial de la pena vigente hasta antes de la puesta en vigencia de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 [ahora, que ya no está vigente], la misma que introduce un nuevo modelo de determinación de la pena en el Código Penal de 1991 que se le denominó, por fines didácticos, “Ley de tercios”.

(359) Esta Ley del 19 de agosto de 2013, modifica los principales artículos (normatividad) de la determinación judicial de la pena del Código Penal de 1991 (p. ej., el artículo 46° del CP) así como incorpora el artículo 45-A, logrando introducir de esta manera un conjunto de normas para la determinación o graduación judicial de la pena en el caso concreto, a la que se le denominó “Ley de tercios”. (Véase *infra* el capítulo VI de la presente tesis.)

pena distintos a los señalados en las otras alternativas de esta pregunta, sería la más adecuada a la realidad peruana.⁽³⁶⁰⁾

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 11), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 17, con la finalidad de observar en forma más clara los resultados de la pregunta 5 de la encuesta realizada, a los jueces y fiscales penales.

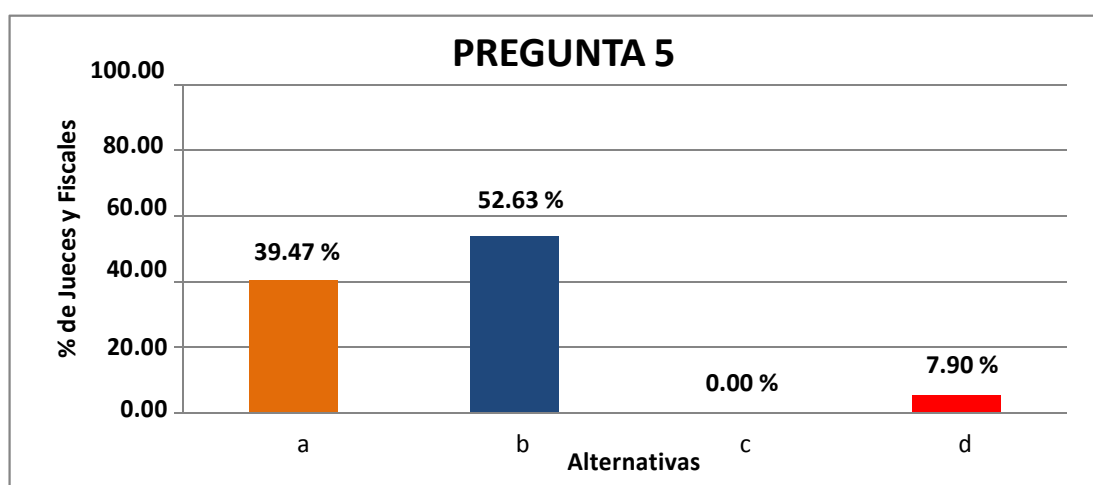


Figura 11. Representación gráfica de la tabla 17.

Fuente: Encuestas realizadas a jueces y fiscales penales.

Elaboración: Autor.

5. Procesamiento de la Información sobre la Motivación de las Sentencias

Condenatorias (extremo de la Determinación Judicial de la Pena) Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel.

Atendiendo a una visión íntegra (completa) de la determinación judicial de la pena en

(360) Este porcentaje de encuestados propusieron un modelo (genérico), que considere el principio de proporcionalidad, los fines de la pena y la necesidad de la pena privativa de libertad, o un modelo ecléctico (mixto) que dé mayor libertad al órgano jurisdiccional, para graduar la pena en el caso concreto. Y no está por demás señalar, que ninguno de los encuestados seleccionó la alternativa “c” de la pregunta 5 de la encuestas, y que se refiere al sistema o modelo de cuartos previsto en el proyecto de Código Penal 2004 (Véase *infra* el capítulo VI, sección 6.2 de la presente tesis.)

el caso concreto, resulta *conditio sine qua non* analizar el aspecto de la motivación de las sentencias penales condenatorias antes analizadas, específicamente en el extremo de la determinación judicial de la pena; es decir, si el órgano jurisdiccional dio o no el contenido a los criterios que observó (adoptó) en el momento de la graduación de la pena en los casos en concreto, sobre todo si las razonó lógico-jurídicamente,⁽³⁶¹⁾ siendo ello así, se analizó este aspecto de las 225 sentencias condenatorias (de expedientes del 2010 y 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.⁽³⁶²⁾

La información referida a la motivación de 225 sentencias condenatorias antes mencionada fue extraído y plasmado en el mismo medio en que se extrajo los criterios observados y no observados por el órgano jurisdiccional en la determinación de la

(361) El tema de la determinación judicial de la pena no se podría entender de manera íntegra, si no se toma en consideración la motivación y fundamentación de la misma, esto es, el contenido de aquellos criterios que fueron adoptados (con necesidad y suficiencia) por el órgano jurisdiccional en la determinación de la pena, en el caso concreto, sobre todo si las razonó lógico-jurídicamente, con una adecuada argumentación. Por cuestiones didácticas se le denominó, motivación de sentencias penales condenatorias en el extremo de la determinación judicial de la pena. Por otro lado, para el análisis de las 225 sentencias penales condenatorias de expedientes del 2010 y 2011, se ha presupuesto que el órgano jurisdiccional conoce que existe el deber (constitucional) de motivación de la sentencia penal (condenatoria), específicamente en el extremo de la determinación judicial de la pena, tal como se puede comprobar en uno de los resultados obtenidos por el autor Miguel Toyohama en la tesis subtitulado “La aplicación de la pena y su motivación en el sistema judicial peruano: el caso de las sentencias en la Corte Superior de Lima Norte” (2008, p. 273), esto es al margen de los conceptos y terminología empleados en esta tesis, que a propósito no se comparte.

(362) En expedientes del año 2010, se analizó 116 sentencias condenatorias, que equivalen a 87 expedientes y en expedientes del año 2011, se analizó 109 sentencias condenatorias, que equivalen a 92 expedientes.

pena,⁽³⁶³⁾ para ello se graficó, al lado del cuadro de recojo de información de la determinación o graduación judicial de la pena, otro cuadro (unido) que fue dividido en 4 columnas,⁽³⁶⁴⁾ en cada columna se señaló la calidad de motivación de las sentencias penales analizadas, es decir, motivación razonablemente adecuada, motivación aparente, motivación insuficiente y motivación incoherente o falta de corrección lógica;⁽³⁶⁵⁾ conforme se analizaba las 225 sentencias condenatorias se seleccionaba, mediante un aspa (x) y en la respectiva columna, la calidad de motivación que tenía cada una de estas sentencias penales.

Una vez terminado de analizar las 225 sentencias condenatorias equivalentes a 179 expedientes del 2010 y 2011,⁽³⁶⁶⁾ se procedió a introducir la información recabada a una PC, con la finalidad de procesarla informáticamente, mediante el programa *Excel* 2010, y obtener de esta manera un determinado resultado.

(363) Es decir, en un cuaderno tamaño A4 con una estructura determinada, con la finalidad que se observe cierto orden –y sistemática– de la información extraída.

(364) Esta clasificación (en 4) de la motivación de las sentencias penales condenatorias obedece estrictamente al objeto de la presente tesis.

(365) Conviene precisar aquí, que estas calidades de motivación de sentencias (condenatorias), en la presente tesis se trata de errores o defectos de motivación, excepto la primera (motivación razonablemente adecuada) que trata no de un error o defecto de motivación de la sentencia sino, todo lo contrario. (Véase *supra* el apartado 6 del capítulo II de la presente tesis, para mayor información de las calidades de motivación de sentencias (resoluciones)). Por otro lado, se adoptó la denominación de “motivación razonablemente adecuada” –y no “motivación adecuada”–, debido a que no existe un estándar único de una motivación adecuada, por no decir perfecta, por ello se optó esta denominación el mismo implica que el órgano jurisdiccional no solo señale las circunstancias y criterios de determinación de la pena que están presentes (concurrentes) en el caso concreto, sino les dé contenido a estas, sobre todo las razone lógico-jurídicamente.

(366) Sentencias condenatorias, como se recuerda, son de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, tipificados y sancionados en el Código Penal de 1991.

A continuación se pasará a tabular la información (neta) final respecto a la motivación de 225 sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011 analizadas, pero en el extremo de la determinación judicial de la pena, la misma que se obtuvo al final del análisis objetivo de estas sentencias penales de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

6. Tabulación de la Información sobre la Motivación de las Sentencias Condenatorias (extremo de la Determinación Judicial de la Pena) Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel

El resultado obtenido producto del procesamiento de la información recabada del análisis objetivo de 225 sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011, mediante el programa *Excel* 2010, se vio reflejado en las 4 columnas en que fue dividido el medio informático, donde se introdujo la información recabada sobre la motivación de las sentencias condenatorias antes mencionada, pero en el extremo de determinación judicial de la pena, observándose un determinado resultado en cada uno de las 4 columnas, a las cuales se les aplicó el método estadístico, con la finalidad de obtener un resultado en porcentaje en cada una de las calidades de motivación de las sentencias condenatorias analizadas.

La tabulación de la información (final) extraída las sentencias penales antes mencionada, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, se tabuló por separado, en sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y en sentencias condenatorias de expedientes del 2011, y por los delitos antes mencionado, toda vez que la mencionada muestra son de 2 años distintos (2010 y 2011) y de 3 delitos, también distintos, todo con la finalidad de tener una idea

clara respecto de la motivación de estas sentencias penales, pero en el extremo de la motivación de la determinación judicial de la pena. De manera que se pasará presentar en 2 tablas separadas, una por cada año (2010 y 2011), así como se procederá a su representación gráfica (figuras), en barras, también de cada año.

A). Motivación de Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2010

Tabla 18:

Calidad de la motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2010.

Calidad de motivación de sentencias	Número de sentencias	%
Motivación razonablemente adecuada	7	6.03
Motivación aparente	74	63.80
Motivación insuficiente	35	30.17
Motivación incoherente y falta de corrección lógica	0	0.00
Total	116	100

Nota: Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes del 2010) de 13 juzgados y 4 salas penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 18, que el total de sentencias condenatorias motivadas, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de expedientes del 2010, son 116. Estas sentencias condenatorias equivalen a 87 expedientes del precitado año, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

El 6.03% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas (116), esto es, 7 sentencias condenatorias (5 en el delito de robo en la modalidad agravada, 2 en el los delitos de homicidio calificado) tienen motivación

razonablemente adecuada;⁽³⁶⁷⁾ es decir, el órgano jurisdiccional sí dio contenido a los criterios y circunstancias que adoptó (observó), en las respectivas sentencias condenatorias antes mencionada, pero sobre todo los razonó lógico-jurídicamente con argumentación fáctica y jurídica, en forma necesaria y suficiente (ver *supra* el capítulo II: 6.4 de la presente tesis, para mayor información sobre motivación [razonablemente] adecuada).

El 63.80% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas (116), esto es, la mayoría, tienen motivación aparente; es decir, en 74 sentencias condenatorias (58 son del delito de robo en la modalidad agravada, 11 del delito de violación sexual de menor de edad y 5 son de los delitos de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional no dio contenido realmente a los criterios y circunstancias que adoptó en el momento de la determinación judicial de la pena o los razonó, pero con argumentos basado en frases o formulas vacías de contenido, esto es, con fundamentos aparentes, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad (ver *supra* el capítulo II: 6.1 de la presente tesis, para mayor información de motivación aparente). Así, por ejemplo, se citan frases como, “por los medios empleados”, sin precisar cuáles medios son, y quienes los utilizaron, y en qué forma (Castillo, 2013a, pp. 351-353). No está demás mencionar que esto se dio a nivel de la premisa fáctica, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional.

El 30.17% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas (116), esto es, un porcentaje nada despreciable tienen motivación insuficiente; es decir, en 35 sentencias condenatorias (30 son del delito de robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de menor de edad y 3 son de

(367) Conviene recalcar aquí, que se adoptó esta denominación por fines didácticos (ver Nota 365 de la presente tesis, para mayor información respecto a tal denominación).

los delitos de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional adoptó (observó) criterios y circunstancias, en el momento de determinación judicial de la pena, pero no lo necesario y suficiente, y sobre todo, no los razonó lógico-jurídicamente, con argumentos facticos o empíricos, conforme lo exige la ley [penal] (ver *supra* el capítulo II: 6.2 de la presente tesis, para mayor información de motivación insuficiente). No está demás mencionar que esto se dio, al igual que el anterior defecto o vicio de motivación, a nivel de la premisa fáctica, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional.

Finalmente, el 0.00% del total de sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, es decir, ninguna de las 116 sentencias penales antes mencionada tienen motivación incoherente o falta de corrección lógica, toda vez que estas sentencias penales tienen motivación coherente y respetan los principios de la Lógica, como el principio de identidad, principio del tercero excluido, principio de razón suficiente y el principio de no contradicción, además de basarse en las máximas de la experiencia (ver *supra* el capítulo II: 6.3 de la presente tesis, para mayor información de motivación coherente o falta de corrección lógica).

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 12), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 18, con la finalidad de observar con claridad las calidades de motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2010, de los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

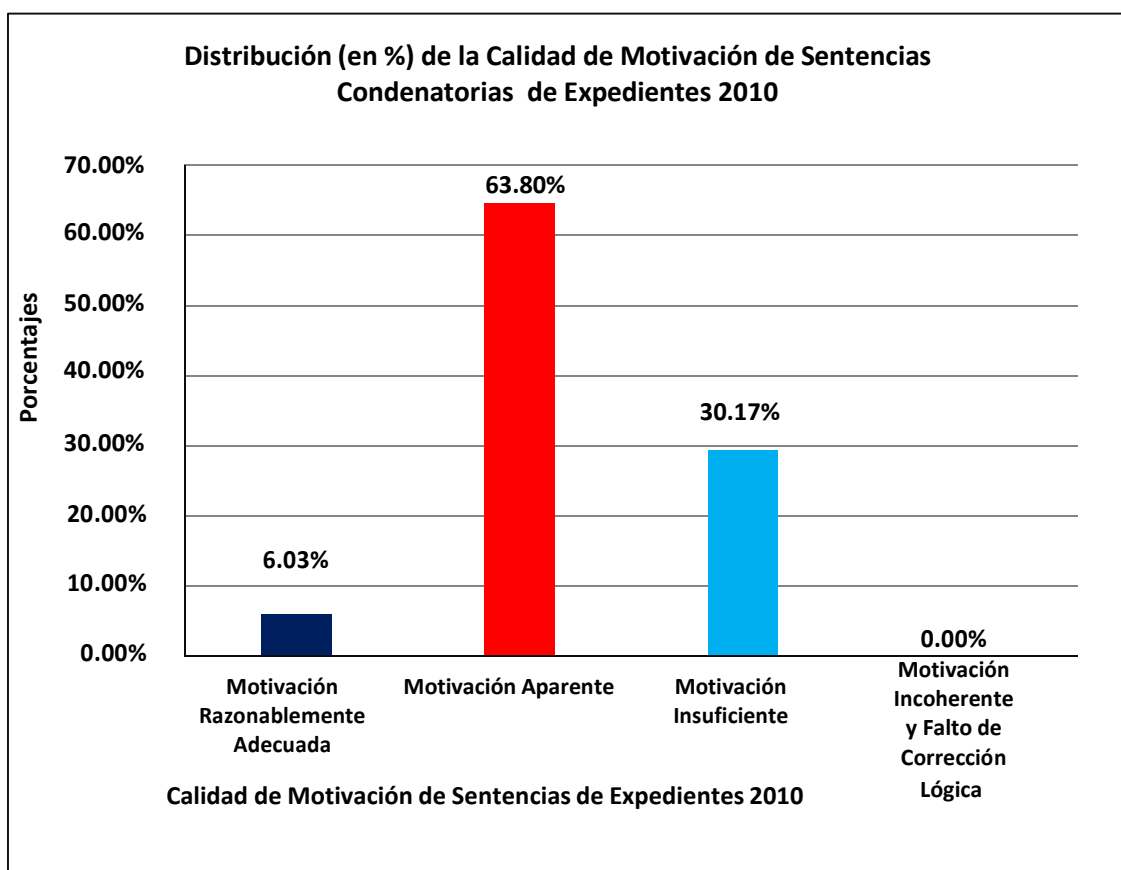


Figura 12. Representación gráfica de la tabla 18.

Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes del 2010) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

B). Motivación de Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2011

Tabla 19:

Calidad de la motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2011.

Calidad de sentencia	Número de sentencias	%
Motivación razonablemente adecuada	11	10.09
Motivación aparente	58	53.21
Motivación insuficiente	37	33.95
Motivación incoherente y falta de corrección lógica	3	2.75
Total	109	100

Nota: Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes del 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 19, que el total de sentencias condenatorias motivadas, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de expedientes del 2011, son 109.

Estas sentencias condenatorias equivalen a 92 expedientes del precitado año, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

El 10.09% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas (109), esto es, 11 sentencias condenatorias (7 son del delito de robo en la modalidad agravada, 1 es del delito de violación sexual de menor de edad y 3 son de los delitos de homicidio calificado) tienen motivación razonablemente adecuada; es decir, el órgano jurisdiccional sí dio contenido a los criterios y circunstancias que adoptó (observó), en las respectivas sentencias condenatorias antes mencionada, pero sobre todo los razonó lógico-jurídicamente con argumentación fáctica y jurídica, en forma necesaria y suficiente (ver *supra* el capítulo II: 6.4 de la presente tesis, para mayor información sobre motivación [razonablemente] adecuada).

El 53.21% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas (109), esto es, la mayoría, tienen motivación aparente; es decir, en 58 sentencias condenatorias (51 son del delito de robo en la modalidad agravada, 6 son del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional no dio contenido realmente a los criterios y circunstancias que adoptó en el momento de la determinación judicial de la pena o los razonó, pero con argumentos basado en frases o formulas vacías de contenido, esto es, con fundamentos aparentes, que nada significan por su ambigüedad o vacuidad (ver *supra* el capítulo II: 6.1 de la presente tesis, para mayor información de motivación aparente). Así, por ejemplo, se citan frases como, “de conformidad con el artículo 46° del Código Penal”, sin precisar qué criterios o circunstancias se refiere (Castillo et al., 2004). No está demás mencionar que esto se dio a nivel de la premisa fáctica, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional, al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010.

El 33.95% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas (109), esto es, un porcentaje considerable tienen motivación insuficiente; es decir, en 37 sentencias condenatorias (34 son del robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional adoptó (observó) criterios y circunstancias, en el momento de determinación judicial de la pena, pero no lo necesario y suficiente, y sobre todo, no los razonó lógico-jurídicamente, con argumentos facticos o empíricos, conforme lo exige la ley [penal] (ver *supra* el capítulo II: 6.2 de la presente tesis, para mayor información de motivación insuficiente). No está demás mencionar que esto se dio, al igual que el anterior defecto o vicio de motivación, a nivel de la premisa fáctica, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional.

Finalmente, el 2.75% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas (109), esto es, un porcentaje mínimo tienen motivación incoherente o falta de corrección lógica; es decir, en 3 sentencias condenatorias (1 es del robo en la modalidad agravada, 1 es del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional no razonó coherentemente y/o no respetó los principios de la Lógica, entre estos el principio de razón suficiente, así como, las reglas de la máxima de la experiencia, se observó en estas sentencias penales analizadas, una carencia (relativa) de argumentación fáctica (ver *supra* el capítulo II: 6.3 de la presente tesis, para mayor información de motivación coherente o falta de corrección lógica). No está demás mencionar que esto se dio a nivel de la premisa fáctica, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional y que este defecto o vicio de motivación no se dio en las sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010.

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 19), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 19, con la finalidad de observar con claridad las calidades de motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2011, de los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

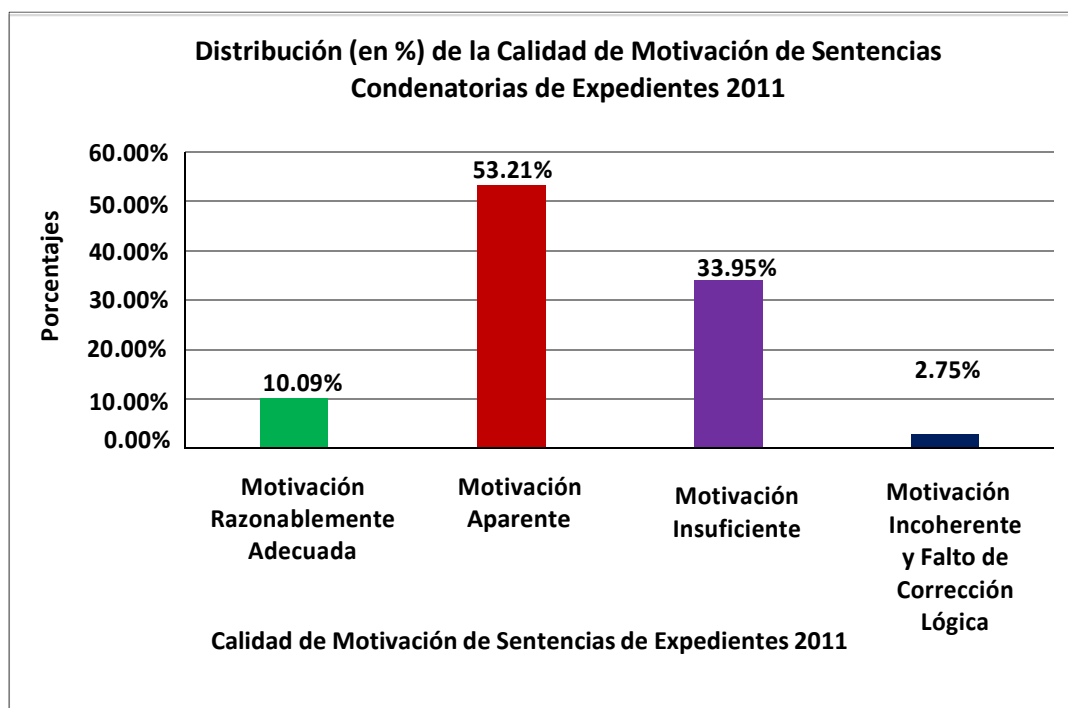


Figura 13. Representación gráfica de la tabla 19.

Fuente: Sentencias condenatorias (expedientes del 2011) de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

7. Procesamiento de la Información sobre Impugnación de Sentencias Condenatorias

Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel

Ahora, resulta necesario tratar otro aspecto de la muestra seleccionada (sentencias condenatorias), esto es, la impugnación de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011 analizadas, específicamente resultado de la misma, para conocer en forma clara y completa sobre la motivación de estas sentencias penales, en el extremo de la determinación judicial de la pena, y poder contrastar con facilidad la segunda hipótesis

(H2) del segundo problema de la presente tesis.

La impugnación jurídico-penal de sentencias penales condenatorias ha de entenderse, como aquel estado o situación jurídica de estas sentencias penales; es decir, si fueron impugnados válidamente, mediante el recurso impugnatorio correspondiente, cuántos de estas sentencias tienen estado jurídico de conformada o no nula, revocada y nula. Por impugnación válida se debe entender como aquel recurso impugnatorio (p. ej., el recurso de nulidad) que fue declarado procedente (y admisible), por cumplir con los requisitos establecidos en la ley (procesal penal), por el mismo órgano que emitió la sentencia condenatoria impugnada.

El número (cantidad) de sentencias condenatorias analizadas, en los 13 juzgados penales y 4 salas penales, esto es, 225 sentencias condenatorias de expedientes (judiciales) del 2010 y 2011 de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, fueron analizadas *prima facie* y se obtuvo que 66 de estas sentencias penales (52 del 2010 y 14 del 2011), fueron impugnados válidamente; y la otra cantidad de sentencias condenatorias (159), no fueron impugnados válidamente o simplemente no lo fueron. Resulta pertinente precisar, que estas sentencias penales fueron impugnados, específicamente en el extremo de motivación de la determinación judicial de la pena, pero con esta denominación exactamente no; sin embargo, sí por ausencia de fundamentación (justificación) de los criterios y circunstancias adoptados, en el momento de la graduación judicial de la pena, por el respectivo órgano jurisdiccional. Por otro lado, también resulta conveniente precisar, que un número considerable de las 159 sentencias condenatorias antes mencionada fueron, sin embargo, impugnados, pero el recurso impugnatorio respectivo fue rechazado, declarado improcedente o inadmisibles (no cumplía con algún (algunos) requisito (requisitos) de ley).

El número de sentencias condenatorias impugnadas, esto es, 66 sentencias penales, representa el 29.33% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011 analizadas, tal como se puede deducir del párrafo precedente. La información que se extrajo del número de sentencias condenatorias impugnadas se plasmó en la misma fuente de recojo de información sobre la motivación de la determinación judicial de la pena y la graduación de la misma, esto es, en el cuaderno A4, para ello se procedió a graficar un cuadro que fue dividido en 3 columnas y tantas filas como sentencias condenatorias impugnadas, de los delitos respectivos, de expedientes del 2010 y 2011, a analizar. En cada columna, se plasmó la información referida al estado en que se encuentra, finalmente, la sentencia condenatoria respectiva impugnada, mediante el símbolo aspa (x); es decir, confirmada o no nula, nula y revocada. Y finalmente, se procedió a contar, en cada columna, el total de aspas para conocer el número de sentencias condenatorias impugnadas, que tenían determinado estado jurídico (no nula o confirmada, revocada y nula).

Una vez terminado de extraer información necesaria y suficiente, sobre el estado o situación jurídica de las 66 sentencias condenatorias impugnadas que equivalen a 53 expedientes del 2010 y 2011 (41 son del primer año mencionado y 12 del 2011),⁽³⁶⁸⁾ en la fuente de recojo de información antes mencionado, se procedió a introducir dicha información a una computadora personal (PC), con la finalidad de procesarlas informáticamente, mediante el programa *Excel* 2010, y obtener de esta manera un

(368) En expedientes del 2010, se impugnaron más sentencias, esto es, 52 sentencias, que en expedientes del 2011, solo se impugnaron 14 sentencias. Esto es entendible ya que, una gran cantidad de estas sentencias fue producto de la aplicación, principalmente, de la Ley de Conclusión Anticipada del Juzgamiento-Ley N° 28122, y se conoce que el procesado acepta las consecuencias jurídicas de la comisión del delito, siendo una de estas consecuencias la pena (atenuada) a imponerse. Por otro lado, estas sentencias, equivalentes a 53 expedientes, son de los mismos delitos mencionados en la presente tesis.

determinado resultado.

A continuación se pasará a tabular la información (neta) final sobre el resultado de la impugnación de 66 sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011, es decir, el estado o situación jurídica de estas sentencias penales impugnadas, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, que fue recabada a consecuencia del procesamiento (no informático) y análisis (objetivo) de estas sentencias.

8. Tabulación de la Información sobre Impugnación de Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel

El resultado obtenido a consecuencia del procesamiento no informático –tras el análisis de 66 sentencias condenatorias impugnadas de expedientes del 2010 y 2011 de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado–, sobre el estado o situación jurídica de estas sentencias penales, posteriormente se le aplicó el método estadístico con la finalidad de obtener un resultado claro y objetivo, fue introducido en un medio electrónico (campo informático, *Excel* 2010) que se dividió (clasificó) en 3 categorías (columnas) y en cada una de estas se obtuvo un determinado resultado, sobre el estado jurídico final de las sentencias penales analizadas, esto es, confirmada o no nula, nula y revocada.

La tabulación de la información final (el resultado) extraída de las sentencias condenatorias de 3 delitos mencionados en el párrafo precedente, se tabuló al igual que la información (final) sobre la motivación de sentencias condenatorias (extremo de la motivación de la determinación judicial de la pena), por separado, es decir, en sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas y en sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron impugnados, y por los delitos

mencionado en el párrafo precedente, robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, toda vez que la mencionada muestra son de 2 años distintos (2010 y 2011) y de 3 delitos, también distintos, todo con la finalidad de tener una idea clara respecto del estado jurídico de las sentencias penales impugnadas mencionada en el párrafo precedente que, a su vez, se relaciona con la motivación de la determinación judicial de la pena. De manera que se pasará a presentar en 2 tablas separadas, una por cada año (2010 y 2011), así como se procederá a su representación gráfica (figuras), en barras, también de cada año.

A). Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2010 Impugnadas

Tabla 20:

Estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas.

Categorías	Nº Sentencias impugnadas	%
Confirmada	41	78.85
Nula	11	21.15
Revocada	0	0.00
Total	52	100

Nota: Fuente: Sentencias condenatorias impugnadas de expedientes del 2010 de 13 juzgados y 4 salas penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 20, que el total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas, en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 52, la mismas que fueron analizadas⁽³⁶⁹⁾ y que representa el 44.82% respecto

(369) El total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011 que fueron impugnadas, son 66, las mismas que fueron analizadas, y representa el 29.33% del total de

del total de sentencias condenatorias del mencionado año (116) analizadas. Estas sentencias penales que fueron impugnadas equivalen a 41 expedientes del 2010, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado. Las otras sentencias condenatorias (64), no fueron impugnadas o simplemente fueron declaradas improcedentes o inadmisibles, por no cumplir con algún presupuesto o requisito de ley.

El 78.85% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas que fueron impugnadas (52), esto es, la mayoría, tienen el estado jurídico de confirmadas o no nulas; es decir, en 41 sentencias condenatorias (32 son del delito de robo en la modalidad agravada, 3 son del delito de violación sexual de menor de edad y 6 son de los delitos de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional superior jerárquico correspondiente no declaró revocadas ni nulas estas sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente.

El 21.15% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas que fueron impugnadas (52), esto es, 11 sentencias condenatorias, tienen el estado jurídico de nulas (6 son del delito de robo en la modalidad agravada, 5 son del delito de violación sexual de menor de edad y ninguna (sentencia) es del delito de homicidio calificado); es decir, el órgano jurisdiccional superior jerárquico correspondiente declaró nulas estas sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente; y consecuentemente, se modificaron las penas

sentencias condenatorias que constituyen la muestra seleccionada, y equivalen 53 expedientes (del 2010 y 2011).

impuestas o se absolvieron a los condenados.⁽³⁷⁰⁾

Finalmente, ninguna de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 analizadas que fueron impugnadas (52), tienen el estado jurídico de revocadas; es decir, el órgano jurisdiccional superior jerárquico correspondiente adoptó la decisión de no declarar revocadas algunas o todas las 52 sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente.

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 20, con la finalidad de observar con claridad el estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, regulados en el Código Penal vigente.

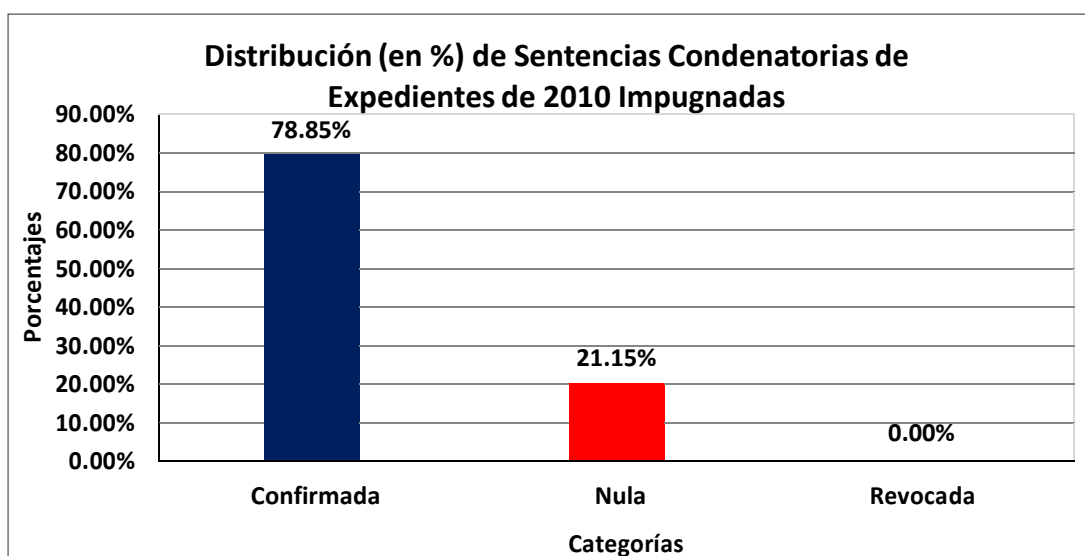


Figura 14. Representación gráfica de la tabla 20.

Fuente: Sentencias condenatorias de expedientes del 2010 impugnadas de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

(370) La modificación de las penas impuestas constituían bien en un incremento (observándose la *reformatio in peius*) o disminución de la misma o bien el tipo penal era reconducido a otro delito del Código Penal o, como sucedió en una cantidad considerable de sentencias, se absolvían a los condenados, era hallados inocentes.

B). Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2011 Impugnadas

Tabla 21:

Estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron impugnadas.

Categorías	Nº Sentencias impugnadas	%
Confirmada	9	64.29
Nula	5	35.71
Revocada	0	0.00
Total	14	100

Nota: Fuente: Sentencias condenatorias impugnadas de expedientes del 2011 de 13 juzgados y 4 salas penales. Elaboración: Autor.

Se observa en la tabla 21, que el total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron impugnadas, en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 14, la mismas que fueron analizadas y que representa el 12.85% respecto del total de sentencias condenatorias del mencionado año (109) analizadas. Estas sentencias penales que fueron impugnadas equivalen a 12 expedientes del 2011, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado. Las otras sentencias condenatorias (95), no fueron impugnadas o simplemente fueron declaradas improcedentes o inadmisibles, por no cumplir con algún presupuesto o requisito de ley.

El 64.29% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas que fueron impugnadas (14), esto es, un porcentaje considerable, tienen el estado jurídico de confirmadas o no nulas; es decir, en 9 sentencias condenatorias (4 son del delito de robo en la modalidad agravada, 3 son del delito de violación sexual de menor de edad y 2 son de los delitos de homicidio calificado), el órgano jurisdiccional

superior jerárquico correspondiente no declaró revocadas ni nulas estas sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente.

El 35.71% del total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas que fueron impugnadas (14), esto es, 5 sentencias condenatorias, tienen el estado jurídico de nulas (3 son del delito de robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de menor de edad y ninguna (sentencia) es del delito de homicidio calificado); es decir, el órgano jurisdiccional superior jerárquico correspondiente declaró nulas estas sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente; y consecuentemente, se modificaron las penas impuestas o se absolvieron a los condenados.⁽³⁷¹⁾

Finalmente, ninguna de las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 analizadas que fueron impugnadas (14), tienen el estado jurídico de revocadas; es decir, el órgano jurisdiccional superior jerárquico correspondiente adoptó la decisión de no declarar revocadas algunas o todas las 14 sentencias condenatorias, emitidas por el órgano inferior jerárquico respectivo, que fueron impugnadas por la(s) parte(s) respectiva del proceso penal correspondiente.

A continuación se pasará a representar gráficamente (figura 15), en barras, los datos informativos señalados en la tabla 21, con la finalidad de observar con claridad el estado de las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron

(371) La modificación de las penas impuestas constituían, al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010, bien en un incremento (observándose la *reformatio in peius*) o disminución de la misma o bien el tipo penal era reconducido a otro delito del Código Penal o, como sucedió en una cantidad considerable de sentencias, se absolvían a los condenados, era hallados inocentes.

impugnadas, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, regulados en el Código Penal vigente.

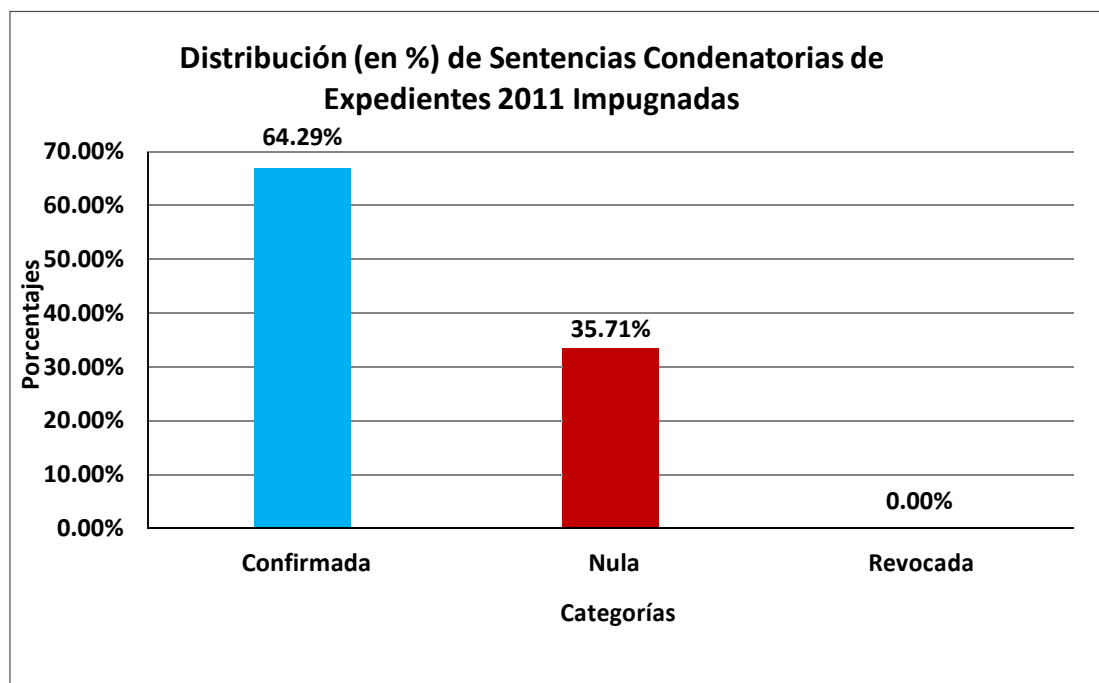


Figura 15. Representación gráfica de la tabla 21.

Fuente: Sentencias condenatorias de expedientes del 2011 impugnadas de 13 juzgados y 4 salas penales.

Elaboración: Autor.

Finalizando con este apartado del presente capítulo es necesario señalar, que los resultados obtenidos serán comparados, de manera complementaria, con las sentencias condenatorias, tanto de expedientes del 2010 como de expedientes del 2011, que no fueron impugnadas (por la(s) parte(s) procesal respectiva) o simplemente fueron declaradas improcedentes o inadmisibles, por no cumplir con algún presupuesto o requisito de ley, con la finalidad de observar de manera clara el resultado final. (Véase el apartado 9, en la respectiva sección o subapartado, del presente capítulo)

9. Contrastación (Empírica) de las Hipótesis

9.1 Contraste de la Información Extraída de las Sentencias Condenatorias Analizadas en los Juzgados y Salas Penales para Procesos con Reos en Cárcel y de las Encuestas a Jueces y Fiscales Penales

Finalizado el procesamiento y análisis detallado de la información extraída de las sentencias penales condenatorias –y otros actuados– de expedientes del 2010 y 2011, de 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, y de las encuestas a jueces (de los juzgados y salas penales) y fiscales penales (superiores), ahora, se pasará a la contrastación empírica de las 2 hipótesis (respuestas probables a los 2 problemas) formulas en el proyecto de la presente tesis con la información tabulada de las 225 sentencias penales condenatorias analizadas, equivalentes a 179 expedientes del 2010 y 2011, de los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, sobre los criterios y circunstancias de determinación (judicial) de la pena y la motivación de las sentencias penales condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, y como complemento la impugnación de estas sentencias; y de las 39 encuestas a jueces y fiscales.

No está demás señalar, que los resultados obtenidos fueron extraídos a partir de las variables (independiente y dependiente) e indicadores de los respectivos problemas (y sus respectivas hipótesis) formulados en el proyecto de la presente tesis.

PRIMERA HIPÓTESIS (H1): En la mayoría de casos (sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011) de delitos de robo en la modalidad agravada, homicidio calificado y violación sexual de menor de edad existe una inadecuada graduación o determinación

judicial de la pena, a consecuencia de la existencia de penas desproporcionadas con relación al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal.

a). En Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2010

- Variable Independiente ($V_{i.H1}$): Casos (sentencias condenatorias) de delitos de robo en la modalidad agravada, homicidio calificado y violación sexual de menor de edad donde existe penas desproporcionadas con relación al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal.

Las sentencias condenatorias (casos) de expedientes del 2010 analizadas son en total 116.⁽³⁷²⁾

- Indicador de la $V_{i.H1}$: Número de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal, en expedientes del 2010.

La cantidad de sentencias condenatorias que fueron dictadas por el juez penal en expedientes del 2010, son 116 sentencias.⁽³⁷³⁾

(372) Conviene precisar aquí, que no existe una información exacta del total de expedientes tramitados y terminados en el año 2010, sobre todo de los delitos de homicidio cualificado (asesinato y parricidio), como tal se asumió que las 116 sentencias analizadas constituyen el total de sentencias condenatorias. Estas sentencias se utilizó para comprobar la confirmación o no de esta primera hipótesis (H1), de uno de los problemas formulados en el proyecto de la presente tesis (¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en los delitos de robo agravado, violación de la libertad sexual de menor de edad y homicidio calificado?).

(373) Conviene precisar aquí, que este total de sentencias condenatorias es solo para los delitos mencionados en la presente tesis (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado).

- Indicador de la $V_{i,H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas desproporcionadas, en expedientes del 2010.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas desproporcionadas en expedientes del 2010, son 39 sentencias que equivalen al 33.62% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos (116).

- Indicador de la $V_{i,H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas proporcionales al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal, en expedientes del 2010.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas proporcionales al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal en expedientes del 2010, son 77 sentencias que equivalen al 66.38% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.

- Variable dependiente ($V_{d,H1}$): la existencia de penas inadecuadamente graduadas en expedientes del 2010.

Existen 112 sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas del total de sentencias analizadas en expedientes del 2010 (116).

- Indicador de la $V_{d,H1}$: Número de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal, en expedientes del 2010.⁽³⁷⁴⁾

La cantidad de sentencias condenatorias que fueron dictadas por el juez penal en expedientes del 2010, son 116 sentencias.

(374) Este indicador, valga la redundancia, es un indicador común a ambas variables (independiente y dependiente), como tal implica que la cantidad de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal también, sea igual; es decir, 116 sentencias.

- Indicadores de la $V_{d.H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas, en expedientes del 2010.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas en expedientes del 2010, son 112 sentencias que equivalen al 96.55% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.⁽³⁷⁵⁾

- Indicadores de la $V_{d.H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas adecuadamente graduadas, en expedientes del 2010.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas adecuadamente graduadas en expedientes del 2010, son 4 sentencias que equivalen al 3.45% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.

La primera hipótesis (H1) en contrastación es confirmada empíricamente por la información que fue procesado y analizado, ya que en la mayoría de casos (sentencias condenatorias) analizados sobre de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, existe una inadecuada graduación o determinación judicial de la pena, a consecuencia de la existencia (en parte) de penas desproporcionadas con relación al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto

(375) Esta cantidad de sentencias condenatorias no coincide con la cantidad de sentencias con penas desproporcionadas (indicador referido al número de sentencias con penas desproporcionadas) de la variable independiente, ya que los criterios de determinación de ambos son distintos (el primero, tiene como criterios la observancia de determinados procedimientos y la adecuada instrumentalización de los criterios concurrentes en los casos concretos; mientras el segundo, la observancia o no de todos los criterios concurrentes en los casos concretos, de pena ínfima y pena excesiva).

penal. Es decir, en el 96.55% del total de sentencias condenatorias analizadas.⁽³⁷⁶⁾

b) En Sentencias Condenatorias de Expedientes del 2011

- ▶ Variable Independiente ($V_{i.H1}$): Casos (sentencias condenatorias) de delitos de robo en la modalidad agravada, homicidio calificado y violación sexual de menor de edad donde existe penas desproporcionadas con relación al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal.

Las sentencias condenatorias (casos) de expedientes del 2011 analizadas en total son 109.⁽³⁷⁷⁾

- Indicador de la $V_{i.H1}$: Número de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal, en expedientes del 2011.

(376) Esta hipótesis –respuesta probable– de tipo cuantitativa se utilizó como prueba y comprobación de uno de los problemas formulados en el proyecto de la presente tesis (¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en los delitos de robo agravado, violación de la libertad sexual de menor de edad y homicidio?). El otro problema es: ¿cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?).

(377) Conviene precisar aquí, que respecto al total de expedientes tramitados y terminados en el año 2011 tampoco, existe una información exacta, sobre todo del delito de homicidio cualificado (asesinato), como tal se asumió que las 109 sentencias analizadas constituyen el total de sentencias condenatorias. Estas sentencias se utilizó para comprobar uno de los problemas formulados en el proyecto de la presente tesis (¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en los delitos de robo en la modalidad agravada, violación de la libertad sexual de menor de edad y homicidio calificado?).

La cantidad de sentencias condenatorias que fueron dictadas por el juez penal en expedientes del 2011, son 109 sentencias.⁽³⁷⁸⁾

- Indicador de la $V_{i,HI}$: Número de sentencias condenatorias con penas desproporcionadas, en expedientes del 2011.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas desproporcionadas en expedientes del 2011, son 75 sentencias que equivalen al 68.81% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos (109).

- Indicador de la $V_{i,HI}$: Número de sentencias condenatorias con penas proporcionales al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal, en expedientes del 2011.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas proporcionales al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal en expedientes del 2011, son 34 sentencias que equivalen al 31.19% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.

- Variable dependiente ($V_{d,HI}$): la existencia de penas inadecuadamente graduadas en expedientes del 2011.

Existen 105 sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas del total de sentencias analizadas en expedientes del 2011 (109).

(378) Conviene precisar aquí, que este total de sentencias condenatorias es solo para los delitos mencionados en la presente tesis (robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado).

- Indicador de la $V_{d.H1}$: Número de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal, en expedientes del 2011.⁽³⁷⁹⁾

La cantidad de sentencias condenatorias que fueron dictadas por el juez penal en expedientes del 2011, son 109 sentencias.

- Indicadores de la $V_{d.H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas, en expedientes del 2011.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas inadecuadamente graduadas en expedientes del 2011, son 105 sentencias que equivalen al 96.33% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.⁽³⁸⁰⁾

- Indicadores de la $V_{d.H1}$: Número de sentencias condenatorias con penas adecuadamente graduadas, en expedientes del 2011.

La cantidad de sentencias condenatorias con penas adecuadamente graduadas en expedientes del 2011, son 4 sentencias que equivalen al 3.67% del total sentencias emitidas dentro de los procesos penales respectivos.

(379) Este indicador, valga la redundancia, es un indicador común a ambas variables (independiente y dependiente), como tal implica que la cantidad de sentencias condenatorias dictadas por el juez penal también, sea igual; es decir, 109 sentencias.

(380) Esta cantidad de sentencias condenatorias no coincide con la cantidad de sentencias con penas desproporcionadas (indicador referido al número de sentencias con penas desproporcionadas) de la variable independiente, ya que los criterios de determinación de ambos son distintos (el primero, tiene como criterios la observancia de determinados procedimientos y la adecuada instrumentalización de los criterios concurrentes en los casos concretos; mientras el segundo, la observancia o no de todos los criterios concurrentes en los casos concretos, de pena ínfima y pena excesiva).

La primera hipótesis (H1) en contrastación también es confirmada empíricamente por la información que fue procesada y analizada (de expedientes del 2011), ya que en la mayoría de los casos (sentencias condenatorias) analizados sobre delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, existe una inadecuada graduación o determinación judicial de la pena, a consecuencia de la existencia (en parte) de penas desproporcionadas con relación al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal; es decir, en el 96.33% del total de sentencias condenatorias analizadas.⁽³⁸¹⁾

Resulta conveniente precisar aquí, el término *consecuencia* ha de entenderse en sentido óntico, y no en sentido normativo, como sinónimo de *resultado*, esto es, para su entendimiento no se requiere de un razonamiento lógico-jurídico, sino es observable *prima facie*; mientras, el término *consecuencia* en sentido normativo, implica necesariamente realizar un razonamiento lógico-jurídico. En la presente tesis se empleó el primer significado del término consecuencia. De manera que, primero, existe una diferencia entre consecuencia y resultado, al menos en sentido normativo (concepción que se adoptó del filósofo del derecho, doctor Ruiz Manero de la Universidad de Alicante de España (Academia de la Magistratura, 2012, [DVD 2]); segundo, que por existencia de *penas desproporcionadas* ha de entenderse como resultado; y,

(381) Esta hipótesis –respuesta probable– de tipo cuantitativa se utilizó como prueba y comprobación de uno de los problemas formulados en el proyecto de la presente tesis (¿Existe una adecuada graduación o determinación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en los delitos de robo en la modalidad agravada, violación de la libertad sexual de menor de edad y homicidio calificado?). El otro problema es: ¿cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?.

tercero, por penas desproporcionadas no debe entenderse como una mera infracción al principio de proporcionalidad o algún otro principio del Derecho Penal.⁽³⁸²⁾

Esta primera hipótesis (H1) que se confirmó tanto en los expedientes (sentencias) del 2010 como en los expedientes del 2011, será comparada con los resultados de las 39 encuestas realizadas a 27 jueces y 12 fiscales penales, con la finalidad de mostrar –y reforzar o no– la situación de la graduación o determinación judicial de la pena en el 2010 y 2011. Así, en relación a la primera pregunta (¿Cómo Ud., gradúa la pena usualmente en el caso concreto?), el 56.41% del total de encuestados (39), la mayoría, esto es, 22 encuestados gradúan la pena respectiva siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código (seleccionaron la alternativa “c”)⁽³⁸³⁾; mientras una minoría de encuestados (1), esto es, el 2.56% de este total de encuestados gradúa o graduaría la pena sin observar ningún tipo de procedimiento, aplicando solamente los artículos 45° y 46° del Código Penal (seleccionó la alternativa “b”).

En relación a la segunda pregunta (¿Ud. encuentra dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena?), el 53.33% del total de

(382) Y, que por *penas desproporcionadas*, como resultado, en su sustrato material, ha de entenderse en que el órgano jurisdiccional no siguió todas las etapas secuenciales que implica la determinación de la pena, en el caso concreto; así como, no observó todas las circunstancias o criterios presentes (concurrentes), agravantes y atenuantes genéricas, específicas y cualificadas o privilegiadas; no valoró adecuadamente las circunstancias observadas (no debió tenerlas en cuenta o no debió interpretarlas inadecuadamente). Pero, por otro lado, en la situación (actual) de este instituto jurídico-penal, de alguna manera, incidió –e incide– la ausencia de adecuada normatividad de determinación judicial de la pena y de instrumentalización de los criterios concurrentes. Sin embargo, entre estas dos situaciones no existe ninguna relación, según las sentencias condenatorias analizadas.

(383) Constituyendo ello la alternativa “c” de esta pregunta. Otra cantidad de encuestados (12), esto es, el 30.77% del mencionado total de encuestados gradúan la pena respectiva aplicando los artículos del Código Penal relacionados a la determinación judicial de la pena, sin observar ningún procedimiento o metodología.

encuestados válidamente (30),⁽³⁸⁴⁾ la mayoría, esto es, 16 encuestados sí encuentran dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena principalmente, porque no existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente;⁽³⁸⁵⁾ mientras, la minoría de encuestados (14), esto es, 46.67% de este total de encuestados no encuentran dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena principalmente, porque existe suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena.⁽³⁸⁶⁾

En relación a la cuarta pregunta (¿Cree Ud. que en ciertos casos, la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada?),⁽³⁸⁷⁾ el 61.76% del total de encuestados válidamente (34),⁽³⁸⁸⁾ la mayoría, esto es, 21 encuestados sí consideran que en ciertos casos

(384) Precizando aquí el término “válidamente”, esta se debe entender como aquellos encuestados que sí tomaron en cuenta las indicaciones señaladas por el investigador en la encuesta.

(385) Constituyendo ello la subalternativa “c” de la alternativa “A”, que representa el 50% del total de encuestados que seleccionaron esta alternativa. Otra cantidad de encuestados (5), esto es, 31.25% del total que seleccionaron esta alternativa también, encuentran dificultades pero por otro factor (razón), como la ausencia de una adecuada normatividad de determinación judicial de la pena.

(386) Constituyendo ello la subalternativa “a” de la alternativa “B”, que representa el 57.14% del total de encuestados que seleccionaron esta alternativa. Otra cantidad de encuestados, esto es, el 42.86% del total que seleccionaron esta alternativa también, no encuentran dificultades pero por otro factor (razón), como la existencia de una adecuada normatividad respecto de la determinación judicial de la pena.

(387) La tercera pregunta de la encuesta, que está relacionada a la motivación y/o fundamentación de la determinación judicial de la pena, más adelante será explicado comparativamente, esto es, cuando se trate el otro extremo de la determinación judicial de la pena (en la segunda hipótesis de la presente tesis-H2).

(388) Precizando aquí el término “válidamente”, también se debe entender como aquellos encuestados que sí tomaron en cuenta las indicaciones señaladas por el investigador personal en la encuesta.

(supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada principalmente, porque existe una inadecuada determinación legal de la pena (conminada o básica);⁽³⁸⁹⁾ mientras la minoría de encuestados (13), esto es, 38.24% de este total de encuestados no consideran, que en ciertos casos (supuesto) la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada principalmente, porque es adecuada y proporcional a la gravedad del hecho cometido.⁽³⁹⁰⁾

Por último, en relación a la quinta pregunta (¿Cuál de los siguientes sistemas de determinación judicial de la pena cree Ud. razonablemente, es la más adecuada a nuestra realidad?), el 52.63% del total de encuestados válidamente (38),⁽³⁹¹⁾ la mayoría, esto es, 20 encuestados consideran razonablemente, que el sistema o modelo de tercios introducido mediante Ley N° 30076 es la más adecuada a la realidad peruana;⁽³⁹²⁾ mientras, la minoría de

(389) Constituyendo ello, la subalternativa “a” de la alternativa “B” que representa el 35.29% del total de encuestados que seleccionaron esta alternativa (12). Otra cantidad de encuestados (5), esto es, el 14.70% del total que seleccionaron esta alternativa también, sí consideran que en ciertos casos, la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada pero por otro factor distinto a los señalados en las otras subalternativas de esta alternativa.

(390) Constituyendo ello, la sub-alternativa “a” de la alternativa “A” que representa el 69.23% del total de encuestados que seleccionaron esta alternativa (9). Otra cantidad de encuestados (3), esto es, el 23.08% del total que seleccionaron esta alternativa también, no consideran que en ciertos casos (supuesto), la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada, por otro factor como la existencia de graduación judicial inadecuada de la pena.

(391) Precizando aquí el término “válidamente”, también se debe entender como aquellos encuestados que sí tomaron en cuenta las indicaciones señaladas por el investigador en la encuesta.

(392) Constituyendo ello la alternativa “b” de esta pregunta. Otra cantidad de encuestados (15), esto es, el 39.47% de este total de encuestados (38) consideran razonablemente, que el

encuestados (3), esto es, el 7.90% de este total de encuestados, consideran razonablemente que otro sistema o modelo de determinación judicial de la pena es la más adecuada a nuestra realidad.⁽³⁹³⁾

Se colige de la comparación realizada, que en cuanto al resultado de la primera pregunta de la encuesta no se condice con esta primera hipótesis (H1), ya que los encuestados supuestamente gradúan la pena siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código;⁽³⁹⁴⁾ sin embargo, la realidad dice lo contrario, conforme se observa en las sentencias condenatorias analizadas (de expedientes del 2010 y del 2011); en cuanto al resultado de la segunda pregunta de la encuesta, esta estaría controvirtiendo esta primera hipótesis (H1), ya que el órgano jurisdiccional encuentra dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena, por ello existe una inadecuada graduación judicial de la pena, al menos en la mayoría de las sentencias condenatorias analizadas; en cuanto al resultado de la cuarta pregunta de la encuesta, esta también controvertiría esta primera hipótesis (H1), ya que en ciertos casos la

sistema o modelo actual [ahora, ya no está vigente]de determinación judicial de la pena sigue siendo la más adecuada a la realidad peruana (el sistema actual –o el que fue– se refiere al modelo antes de la puesta en vigencia de la Ley 30076 del 19 de agosto de 2013, que introduce el sistema de tercios al Código Penal de 1991).

(393) Otro sistema o modelo de determinación judicial de la pena, se refiere a un sistema distinto a las señaladas en las otras alternativas de la pregunta 5 de la encuesta, pero debe ser un sistema que debe considerar el principio de proporcionalidad (de las penas), el principio de necesidad, los fines de la pena, entre otras consideraciones.

(394) Se dice supuestamente, porque en la praxis (realidad) no están graduando la pena adecuadamente toda vez que no siguieron un determinado procedimiento de determinación judicial de la pena, conforme lo exige (principalmente) el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 fundamento 7, del 18 de julio de 2008, publicado el 3 de noviembre de 2008 en el Diario Oficial “El Peruano”.

conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada,⁽³⁹⁵⁾ y por ello existe una inadecuada graduación o determinación judicial de la pena, al menos en la mayoría de las sentencias condenatorias analizadas; y en cuanto al resultado de la quinta pregunta de la encuesta, esta también controvertiría esta primera hipótesis (H1), ya que la mayoría de encuestados (52.63%) no está de acuerdo con el sistema o modelo de determinación judicial de la pena en cuestión sino, con el sistema de tercios introducido al Código Penal mediante Ley N° 30076,⁽³⁹⁶⁾ que les permitirá una adecuada graduación judicial de la pena en los casos concretos, al menos ello esperan.

En conclusión, los resultados de la encuesta también no controvierten esta primera hipótesis (H1) no obstante, del resultado de la primera pregunta de la encuesta; ya que, la mayoría de encuestados encuentran dificultades en el momento de la graduación de la pena y en ciertos casos, la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada (existe una inadecuada determinación legal de la pena), así como no están de acuerdo con el sistema o modelo de determinación judicial de la pena en cuestión sino, con el sistema de tercios, por ello existe en la mayoría de las sentencias condenatorias (casos) analizadas sobre delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, una inadecuada determinación judicial de la pena.

(395) Como tal significa, que no existe una adecuada determinación legal de la pena (privativa de libertad) por parte del legislador penal peruano, por ello es que existe una inadecuada graduación o determinación judicial de la pena en los casos concretos.

(396) El sistema o modelo con el cual no están de acuerdo la mayoría de encuestados, no les estaría permitiendo graduar la pena adecuadamente en los casos concretos.

SEGUNDA HIPÓTESIS (H2): La mayoría de casos (sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011) de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado fueron declarados nulos, incidiendo en la irracionalidad de la pena privativa de libertad, a consecuencia de una inadecuada motivación de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

a). En Sentencias Penales Condenatorias de Expedientes del 2010

- Variable Independiente (Vi.H2): inadecuada motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2010, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con inadecuada motivación en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 109 de 116 sentencias condenatorias analizadas, en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima, y que están motivadas *prima facie*.^{(397).}⁽³⁹⁸⁾

(397) Se debe entender por “*prima facie*”, como sinónimo de análisis superficial (de primer momento) y que está referido a la motivación de toda la sentencia penal.

(398) Previamente a la precisión de la información respecto a las 109 sentencias condenatorias motivadas inadecuadamente, conviene señalar que como no existe una información exacta del total de expedientes tramitados y terminados en el año 2010, sobre todo de los delitos de homicidio cualificado (asesinato y parricidio), se asumió que las 116 sentencias condenatorias que se analizaron en expedientes del 2010 (equivalen a 87 expedientes judiciales), en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, están motivadas *prima facie*, y que estas constituyen el total y que se emplearon para comprobar la confirmación o no de esta segunda hipótesis (H2), del segundo y último problema formulado en el proyecto de la presente tesis. Realizado esta cuestión previa, ahora, se consignará la precisión respectiva; las 109 sentencias penales con motivación inadecuada (motivación aparente y motivación insuficiente) forma parte de las 116

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación *prima facie*, dictadas por el juez penal.

La cantidad total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación *prima facie*, emitidas o dictadas por el juez penal, son 116.

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación adecuada, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación adecuada en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 7 que representa el 6.03% del total de sentencias condenatorias que están motivadas *prima facie*.⁽³⁹⁹⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación aparente, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación aparente, en el extremo de la determinación judicial de la pena,

sentencias condenatorias analizadas y constituye el 93.97% de este total de sentencias condenatorias, que *prima facie* están motivadas. A propósito, el segundo problema formulado en el proyecto de la presente tesis es el siguiente: ¿cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado?.

(399) Esta cantidad de sentencias adecuadamente motivadas, se le denominó “motivación razonablemente adecuada”, en razón a que no existe un estándar único de una motivación adecuada, por no decir perfecta, por ello es que se adoptó esta denominación. Una información adicional, es que de estas 7 sentencias 1 fue impugnada y declarada confirmada o no nula, la respectiva sentencia; mientras las otras sentencias (6) no fueron impugnadas.

son 74⁽⁴⁰⁰⁾ que representa el 63.80% del total de sentencias condenatorias que están motivadas *prima facie* (116).

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con insuficiente motivación, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con insuficiente motivación, en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 35 que representa el 30.17% del total de sentencias condenatorias que están motivadas *prima facie*.⁽⁴⁰¹⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación incoherente y falta de corrección lógica, en el extremo de la determinación judicial de la pena.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación incoherente y falta de corrección lógica, en el extremo de la determinación judicial de la pena, es 0, no hubo ninguna sentencia condenatoria con esta calidad de motivación (0.00%), del total de sentencias

(400) Esta cantidad de sentencias que tienen la calidad de aparente, paradójicamente, solo 29 fueron impugnadas, mientras que las otras sentencias (45) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional correspondiente.

(401) Esta cantidad de sentencias que tienen la calidad de insuficiente, la mayoría fueron impugnadas, esto es, 22 sentencias; mientras las otras sentencias (13) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional.

condenatorias con motivación *prima facie* (116).⁽⁴⁰²⁾

- Variable dependiente (Vd1.H2): Declaración de nulidad de las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 por motivación inadecuada, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 por motivación inadecuada, en el extremo de la determinación judicial de la pena, que fueron declaradas nulas o no confirmadas, son 11 de las 52 sentencias condenatorias que fueron impugnadas válidamente.⁽⁴⁰³⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con motivación *prima facie*, dictadas por el juez penal.

La cantidad total de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 con

(402) Resulta conveniente señalar que este porcentaje de sentencias condenatorias con motivación incoherente y falta de corrección lógica, esto es, el 0.00% no modifica o altera la cantidad total de sentencias penales condenatorias de expedientes del 2010 con motivación inadecuada, es decir, las 109 sentencias penales. Por otro lado, conviene precisar que esta cantidad de sentencias condenatorias con motivación inadecuada comprende, tanto a las sentencias motivación aparente como a las sentencias con motivación insuficiente, además de las sentencias con motivación incoherente y falta de corrección lógica. No está por demás precisar, que 109 sentencias penales motivadas inadecuadamente es producto de la sumatoria de las dos primeras calidades de sentencias, esto es, de 74 más 35.

(403) Esta cantidad de sentencias condenatorias (52) forma parte de las 116 sentencias penales (de expedientes del 2010) que se analizaron en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías o niveles, para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

motivación *prima facie*, dictadas o emitidas por el juez penal, son 116. ⁽⁴⁰⁴⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 impugnadas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas válidamente, son 52 que representa el 44.82% del total de sentencias condenatorias analizadas que están motivadas *prima facie*. ⁽⁴⁰⁵⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 declaradas nulas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron declaradas nulas o no confirmadas, son 11 ⁽⁴⁰⁶⁾ que representa el 21.15% del total de sentencias condenatorias impugnadas (52).

(404) Conviene recordar, que esta cantidad de sentencias analizadas, se asumió por cuestiones didácticas, como el total de sentencias de expedientes del 2010 emitidas o dictadas por el órgano jurisdiccional.

(405) Este porcentaje de sentencias impugnadas es sobre las 116 sentencias condenatorias analizadas (el total del 2010). Por otro lado, la mencionada cantidad de sentencias impugnadas es entendible, en tanto que la mayoría de sentencias motivadas analizadas (81) de expedientes del 2010, fueron producto de una conclusión especial del proceso penal, principalmente por conclusión anticipada del proceso, como tal implicaba que los procesados aceptan las consecuencias jurídicas, entre estas la pena impuesta por el órgano jurisdiccional. Las otras sentencias condenatorias (64) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional.

(406) Esta cantidad de sentencias condenatorias que fueron declaradas nulas, 8 fueron por motivación aparente y 3 fueron por motivación insuficiente.

► Variable dependiente (Vd2.H2): La irracionalidad de la pena privativa de libertad. Esta variable de tipo cualitativa, como tal no es cuantificable numéricamente, solo explicada por el investigador.

■ Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 impugnadas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron impugnadas, son 52 que representa el 44.82% del total de sentencias condenatorias motivadas analizadas (116).

■ Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 declaradas nulas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que fueron declaradas nulas, son 11 que representa el 21.15% del total de sentencias condenatorias impugnadas (52).

■ Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 no declaradas nulas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2010 que no fueron declaradas nulas, son 41⁽⁴⁰⁷⁾ que representa el 78.85% del total de sentencias condenatorias impugnadas (52).

(407) Esta cantidad de sentencias condenatorias que no fueron declaradas nulas (no están en el estado jurídico de nulas), se obtuvo producto de la sumatoria entre las sentencias impugnadas que tienen la categoría de confirmadas (41) y las sentencias impugnadas que tienen la categoría de revocada (0); es decir, de cuarenta y uno más cero. Asimismo, de esta cantidad de sentencias 19 tienen motivación insuficiente, 21 sentencias tienen motivación aparente y 1 sentencia tiene motivación razonablemente adecuada, sumando de esta manera las 41 sentencias que tienen dichas calidades.

La segunda hipótesis (H2) en contrastación no fue confirmada (resultó falsa) por la información que fue procesada y analizada; ya que, en la mayoría de casos (sentencias de expedientes del 2010) de los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado no fueron declarados nulos, incidiendo en la racionalidad de la pena privativa de libertad, a consecuencia de una adecuada motivación de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena. Este resultado es explicable (entendible) en el sentido de que la mayoría de sentencias analizadas de expedientes del 2010 (81) fueron producto de una conclusión especial del proceso penal,⁽⁴⁰⁸⁾ principalmente por conclusión anticipada del proceso, como tal implicaba que los procesados aceptan las consecuencias jurídicas, entre estas la pena impuesta por el órgano jurisdiccional, asimismo, significaba que no podían impugnar al menos este extremo de la sentencia, estaban de acuerdo con la pena, menos aun podían impugnar sin que previamente el representante del Ministerio Público impugnara la sentencia condenatoria; por otro lado, ha de tomarse en cuenta que, en caso que fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, las sentencias condenatorias que tienen motivación insuficiente o aparente, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles, por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley, por el órgano jurisdiccional correspondiente.⁽⁴⁰⁹⁾

(408) En expedientes del 2010, como se conoce, se analizó 116 sentencias equivalente a 87 expedientes, de las cuales 35 sentencias fueron producto de procesos normales u ordinarios (con etapa probatoria, etcétera), mientras las otras 81 sentencias fueron producto de conclusión especial del proceso penal, principalmente porque se aplicó la conclusión anticipada del proceso. Así se obtuvo 81 sentencias.

(409) Resultado que aparentemente resultaría paradójico, toda vez que solo el 6.03% del total de sentencias motivadas (116), esto es, 7 sentencias, tienen la calidad de razonablemente adecuada;

b). En Sentencias Penales Condenatorias de Expedientes del 2011

- Variable Independiente (Vi.H2): inadecuada motivación de sentencias condenatorias de expedientes del 2011.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación inadecuada en el extremo de la determinación judicial de la pena, son 98 de las 109 sentencias condenatorias analizadas en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, de la Corte superior de Justicia de Lima, y que están motivadas *prima facie*.⁽⁴¹⁰⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación *prima facie*, dictadas por el juez penal.

La cantidad total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación *prima facie*, emitidas o dictadas por el juez penal, son 109.

mientras la mayoría de sentencias, el 63.80% del total de sentencias motivadas, tienen motivación aparente (74), de las cuales 29 fueron impugnadas (8 sentencias fueron declaradas nulas por Corte Suprema de Justicia de la República) y la mayoría simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional correspondiente.

- (410) Previamente a la precisión de la información respecto a las 98 sentencias condenatorias motivadas inadecuadamente, conviene señalar que, como no existe una información exacta del total de expedientes tramitados y terminados en el 2011, sobre todo del delito de homicidio cualificado (asesinato), se asumió que las 109 sentencias condenatorias motivadas que se analizaron en expedientes del 2011, en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías, para procesos con reos en cárcel, que equivalen a 92 expedientes, constituye el total de sentencias que se utilizaron para comprobar la confirmación o no de esta segunda hipótesis (H2), del segundo y último problema formulado en el proyecto de la presente tesis; precisando la información respecto de las 98 sentencias motivadas inadecuadamente, por motivación aparente y por motivación insuficiente, esta forma parte del total de sentencias antes mencionado (109) y constituye el 89.91% del total de sentencias motivadas.

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación adecuada.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación razonablemente adecuada, son 11 que representa el 10.09% del total de sentencias motivadas.⁽⁴¹¹⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación aparente.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación aparente, son 58 que representa el 53.21% del total de sentencias motivadas (109).⁽⁴¹²⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación insuficiente.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con

(411) Esta cantidad de sentencias adecuadamente motivadas, también se le denominó, “motivación razonablemente adecuada”, al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes de 2010, en razón a que no existe un estándar único de una motivación adecuada, por no decir perfecta, por ello se optó esta denominación. Una información adicional, es que de estas 11 sentencias 4 fueron impugnadas y declaradas confirmadas, las respectivas sentencias; mientras las otras sentencias (7) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional.

(412) Esta cantidad de sentencias que tienen la calidad de aparente, solo 8 fueron impugnadas, mientras que las otras sentencias (50) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional.

motivación insuficiente, son 37⁽⁴¹³⁾ que representa el 33.95% del total de sentencias motivadas (109).

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación incoherente y falta de corrección lógica.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación incoherente y falta de corrección lógica, son 3 que representa el 2.75% del total de sentencias con motivación *prima facie* (109).⁽⁴¹⁴⁾

- Variable dependiente (Vd1.H2): Declaración de nulidad de las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 por motivación inadecuada, de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 por motivación inadecuada, en el extremo de la determinación judicial de la pena,

(413) Esta cantidad de sentencias que tienen la calidad de insuficiente, solo 2 fueron impugnadas; mientras las otras sentencias (35) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional.

(414) Resulta conveniente señalar que este porcentaje de sentencias condenatorias con motivación incoherente y falta de corrección lógica, se incrementa respecto de la cantidad de sentencias condenatorias con motivación inadecuada (98), esto es, en 3.06%. Por otro lado, conviene precisar que esta cantidad de sentencias condenatorias con motivación inadecuada comprende, tanto a las sentencias motivación aparente como a las sentencias con motivación insuficiente, y no está demás mencionar, que también lo está la motivación incoherente y falta de corrección lógica. Por ello, las 98 sentencias motivadas inadecuadamente es producto de la sumatoria de estas tres calidades o motivaciones de sentencias, esto es, de 58 más 37 más 3.

que fueron declaradas nulas o no confirmadas, son 5 de las 14 sentencias condenatorias que fueron impugnadas válidamente.⁽⁴¹⁵⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación *prima facie*, dictadas por el juez penal.

La cantidad total de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 con motivación *prima facie*, dictadas o emitidas por el juez penal, son 109.⁽⁴¹⁶⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 impugnadas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron impugnadas válidamente, son 14 que representa el 12.85% del total de sentencias condenatorias analizadas que están motivadas *prima facie*.⁽⁴¹⁷⁾

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 declaradas nulas.

(415) Esta cantidad de sentencias penales (14) forma parte de las 109 sentencias condenatorias (de expedientes del 2011) que se analizaron en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías o niveles, para procesos con reos en cárcel, de la Corte Superior de Justicia de Lima.

(416) Conviene recordar, que esta cantidad de sentencias analizadas, se asumió por cuestiones didácticas, como el total de sentencias de expedientes del 2011 emitidas o dictadas por el órgano jurisdiccional.

(417) Esta cantidad de sentencias impugnadas puede ser entendible en tanto que la mayoría de sentencias motivadas analizadas (82) de expedientes del 2011, fueron producto de una conclusión especial del proceso penal, principalmente por conclusión anticipada del proceso, como tal implicaba que los procesados aceptan las consecuencias jurídicas, entre estas la pena impuesta por el órgano jurisdiccional. Por otro lado, las otras sentencias condenatorias (95) simplemente no fueron impugnadas o si fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos o presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional correspondiente.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron declaradas nulas o no confirmadas, son 5 que representa el 35.71% del total de sentencias condenatorias impugnadas (14).⁽⁴¹⁸⁾

► Variable dependiente (Vd2.H2): La irracionalidad de la pena privativa de libertad. Esta variable de tipo cualitativa, como tal no es cuantificable numéricamente, solo explicada por el investigador.

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 impugnadas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron impugnadas son 14, que representa el 12.85% del total de sentencias condenatorias motivadas analizadas (109).

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 declaradas nulas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que fueron declaradas nulas o no confirmadas, son 5 que representa el 35.71% del total de sentencias condenatorias impugnadas (14).

- Número de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 no declaradas nulas.

La cantidad de sentencias condenatorias de expedientes del 2011 que no fueron declaradas nulas, son 9⁽⁴¹⁹⁾ que representa el 64.29% del total de

(418) Esta cantidad de sentencias condenatorias que fueron declaradas nulas, 4 fueron por motivación aparente y 1 fue por motivación insuficiente.

(419) Esta cantidad de sentencias condenatorias que no fueron declaradas nulas (no están en el estado jurídico de nulos), se obtuvo producto de la sumatoria entre las sentencias

sentencias condenatorias impugnadas (14).

La segunda hipótesis (H2) en contrastación también no fue confirmada, resultó falsa, por la información que fue procesada y analizada; ya que, en la mayoría de casos (sentencias de expedientes del 2011) de los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado no fueron declaradas nulas, incidiendo en la racionalidad de la pena privativa de libertad, a consecuencia de una adecuada motivación de las sentencias condenatorias, en el extremo referido a la determinación judicial de la pena. Este resultado es explicable (entendible), en el sentido de que la mayoría de sentencias analizadas de expedientes del 2011 (82) fueron producto de una conclusión especial del proceso penal,⁽⁴²⁰⁾ principalmente por conclusión anticipada del proceso, como tal implicaba que los procesados aceptan las consecuencias jurídicas, entre estas la pena impuesta por el órgano jurisdiccional, asimismo, significaba que no podían impugnar al menos este extremo de la sentencia, porque estaban de acuerdo con la pena menos aún podían impugnar sin que previamente el representante del Ministerio Público, impugnara la respectiva sentencia condenatoria; por otro lado, ha de tomarse en

impugnadas que tienen la categoría de confirmadas (9) y las sentencias impugnadas que tienen la categoría de revocada (0); es decir, de nueve más cero. Asimismo, de esta cantidad de sentencias 4 tienen motivación aparente, 1 sentencia tiene motivación insuficiente y 4 sentencias tienen motivación razonablemente adecuada, sumando de esta manera las 9 sentencias que tienen dichas calidades.

- (420) En expedientes del 2011, como se conoce, se analizó 109 sentencias equivalentes a 92 expedientes, de las cuales 27 sentencias fueron producto de procesos normales u ordinarios (con etapa probatoria, etc.), mientras las otras 82 sentencias fueron producto de conclusión especial del proceso penal, principalmente porque se aplicó la conclusión anticipada del proceso. Así se obtuvo 82 sentencias.

cuenta que en caso que fueron impugnadas, mediante recurso de nulidad, las sentencias condenatorias que tienen motivación insuficiente o aparente, fueron declaradas improcedentes o inadmisibles, por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley, por el órgano jurisdiccional correspondiente.⁽⁴²¹⁾

Esta segunda hipótesis (H2) que resultó falsa, no se confirmó, tanto en las sentencias de expedientes del 2010 como en las sentencias de expedientes del 2011, adicionalmente, no se condice con el resultado obtenido de las encuestas realizadas a jueces y fiscales penales, en cuanto al extremo de la motivación de la determinación judicial de la pena; ya que, el 42.86% del total de encuestados válidamente (28) no les interesaría las razones de la ausencia de una adecuada motivación o fundamentación de las sentencias condenatorias, en el extremo referido a la determinación judicial de la pena, sino priorizan (lo único que les interesa) que la pena (a imponerse) sea justa.⁽⁴²²⁾ Explicando ello, que exista tantas sentencias condenatorias con motivación aparente (58) respecto de las

(421) Resultado aparentemente resultaría paradójico toda vez que solo el 10.09% del total de sentencias motivadas (109), esto es, 11 sentencias, tienen la calidad de razonablemente adecuada; mientras la mayoría de sentencias, el 53.21% del total de sentencias motivadas, tienen motivación aparente (58), de las cuales solo 8 sentencias fueron impugnados (4 fueron declarados nulos por la Corte Suprema de Justicia de la República) y la mayoría simplemente no fueron impugnados o si fueron impugnados, mediante recurso de nulidad, fueron declarados improcedentes o inadmisibles por no cumplir con los requisitos y presupuestos de ley por el órgano jurisdiccional correspondiente.

(422) Este porcentaje comprende a 12 encuestados (entre jueces y fiscales penales) que son de dicha posición, como tal seleccionaron la alternativa “b” de la tercera pregunta de la encuesta realizada, sin precisar de qué manera o cómo se hace para que la pena sea justa. Mientras una minoría de encuestados (3) son de la posición de que los casos son muy complejos, constituyendo ello, la razón de la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena.

sentencias con motivación razonablemente adecuada (11).⁽⁴²³⁾

En conclusión, el resultado de este extremo de la encuesta también, controvierten esta segunda hipótesis (H2), ya que a la mayoría de encuestados válidamente, esto es, el 42.86% del total de encuestados válidamente (28) no les interesaría las razones de la ausencia de una adecuada motivación o fundamentación de sentencias condenatorias analizadas en el extremo referido a la determinación judicial de la pena sino, priorizan (lo único que les interesa) que la pena (a imponerse) sea justa, como tal debería la mayoría de casos (sentencias de expedientes del 2010), de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, ser declaradas nulas, incidiendo en la irracionalidad de la pena privativa de libertad,⁽⁴²⁴⁾ a consecuencia de una inadecuada motivación de las sentencias condenatorias; sin embargo, esto no sucedió sino, todo lo contrario.

Ahora bien, confirmadas o rechazadas las hipótesis de los dos problemas formulados en el proyecto de la presente tesis, se puede señalar que los objetivos propuestos se han cumplido óptimamente; es decir, se ha establecido y demostrado que existe una inadecuada graduación judicial de la pena en la

(423) Pero sí, se condice con el resultado obtenido de las 109 sentencias analizadas. Por lo que, no reforzaría la situación de la motivación de sentencias penales en el extremo referido a la determinación judicial de la pena, en el sentido de que la mayoría de sentencias condenatorias motivadas no fueron declarados nulos, por inadecuada motivación de las mismas sino, una minoría de sentencias.

(424) El término *irracionalidad* debe entenderse como la carencia de efectividad de los criterios o circunstancias de determinación judicial de la pena (establecido principalmente, en los artículos 46° y 45° del CP), ya que no son practicables, no son motivados por el órgano jurisdiccional en el momento de la determinación de la pena en el caso concreto. Este término no debe entenderse como *lo contrario a lo razonable* (Roy, 2011). Este autor utiliza el término en referencia refiriéndose a la pena regulado en el nuevo Código Penal peruano 2009.

mayoría de casos (sentencias condenatorias) de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, sucediendo esto tanto en los expedientes del 2010 como en los expedientes del 2011. Así como, es una minoría de casos (sentencias) de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, que fueron declaradas nulas, y no es la mayoría (de estos casos analizados), como tal no habría una consecuencia principal (al menos que sea manifiesta) que incida en la irracionalidad de la pena privativa de libertad; no obstante, que había una cantidad considerable de sentencias con motivación aparente (74 en el 2010 y 58 en el 2011) y motivación insuficiente (35 sentencias de expedientes del 2010 y 37 sentencias de expedientes del 2011) que sentencias con motivación razonablemente adecuada (7 en el 2010 y 11 en el 2011); sucediendo esto, como se puede observar, tanto en los expedientes del 2010 como en los expedientes del 2011.

El órgano jurisdiccional no siguió usualmente, en la mayoría de sentencias analizadas, un único procedimiento o metodología de determinación judicial de la pena, en los casos concretos, como el establecido en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008;⁽⁴²⁵⁾ no obstante, que en las encuestas realizadas, señalaran que gradúan la pena respectiva siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código;⁽⁴²⁶⁾ siendo la causa principal de la

(425) En el caso de concurso de delitos, no siguió el procedimiento establecido en el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009, así como tampoco el artículo 50° del Código Penal vigente (concurso real de delitos).

(426) Porque seleccionaron la alternativa “c” de la primera pregunta de la encuesta realizada a jueces y fiscales penales.

graduación inadecuada de la pena, la ausencia de una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente, así como de una adecuada normatividad de determinación judicial de la pena.

Asimismo, se ha determinado que existen, en los expedientes del 2010 analizados, 7 sentencias condenatorias con penas diferentes y excesivas ante hechos similares y 32 sentencias condenatorias con penas iguales ante hechos manifiestamente diferentes; así como, en los expedientes del 2011 analizados, existen 74 sentencias condenatorias con penas iguales ante hechos manifiestamente diferentes y 1 sentencia condenatoria con pena diferente y excesiva ante hechos similares. De igual manera se ha determinado, que existen, en los expedientes del 2010 y 2011 analizados, 11 y 5 sentencias condenatorias impugnadas respectivamente, que fueron declaradas nulas por el órgano jurisdiccional por motivación inadecuada, que inciden en la irracionalidad de la pena privativa de libertad.⁽⁴²⁷⁾

(427) Los criterios y circunstancias y reglas a establecerse (en el Código Penal) están en el capítulo VII, apartado 5 de la presente tesis (*Vide infra*).

CAPÍTULO V: LA INOPERATIVIDAD FUNCIONAL DEL ESQUEMA DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA ESTABLECIDO EN EL CÓDIGO PENAL DE 1991

1. Aspectos Generales

El Código Penal de 1991 recoge un sistema o modelo de determinación legal de la pena de tipo mixto o ecléctico, es decir, de criterios generales o fórmulas sintéticas con penas flexibles. El legislador penal peruano con este sistema jurídico-penal permite al órgano jurisdiccional una cierta discrecionalidad parametrada y no una absoluta.

La insuficiente normatividad adecuada de determinación judicial de la pena existente en la ley penal (*V.gr.*, Código Penal de 1991) se ve reflejado, de alguna manera, en la ausencia de un esquema *strictu sensu* de determinación de la pena explícito en el Código Penal de 1991 (o suficientemente claro, aun antes de la puesta en vigencia de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, que modifica el artículo 46°, entre otros del Código punitivo); la necesidad de explicitación de los criterios y circunstancias en la sentencia penal condenatoria, por parte del órgano jurisdiccional (se describa la operativización de las circunstancias concurrentes en el caso concreto); y, en la necesidad de una mayor determinación de estos mismos criterios y circunstancias, establecidos en el mencionado Código; ya que, estos criterios y circunstancias tienen un alto grado de generalidad y ambigüedad; no obstante, de la puesta en vigencia de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013; a propósito, estos criterios y circunstancias han sido excesivamente desarrollados, que se parece a un reglamento.

En el sistema jurídico-penal de determinación judicial de la pena existente en la ley penal, se evidencia, concordando con la posición del operador jurisdiccional y de los señores fiscales penales, la ausencia de una normatividad en caso de concurrencia de circunstancias, agravantes o atenuantes, pero sobre todo, de circunstancias (agravantes) especiales de distinta naturaleza.

La prohibición de doble valoración de criterios, factores o elementos, de determinación judicial de la pena por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto, está dirigido a que este órgano no valore o considere nuevamente a aquellos factores o elementos que son constitutivos del hecho punible en concreto, esto es, que forman parte del tipo penal del delito respectivo, o de sus formas agravadas, o aquellas circunstancias modificativas de responsabilidad penal; ya que, el legislador las consideró, en el momento de la tipificación de la conducta delictiva, básica o agravada, y estableció la respectiva pena (conminada o básica), un extremo mínimo y un extremo máximo.

Los encuestados, jueces y fiscales penales, son de la posición de que existe una inadecuada capacitación técnico-profesional respecto del tema en cuestión, por parte de la institución correspondiente aunado a que existen fuentes (predominantemente) extranjeras del tema en cuestión, cuyo contenido es de carácter genérico, el mismo que la hace inadecuado, por ausencia de conocimiento suficiente de los profesionales especialistas (capacitadores) de la realidad del tema en cuestión.

2. El Esquema de Determinación Judicial de la Pena Establecido en el Código Penal de 1991

En este apartado del presente capítulo, y los otros también, se refiere al esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena existente [ahora, que existía] en el Código Penal

de 1991 antes de su modificatoria mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013. Realizado esta precisión, se puede señalar, que cuando se hace referencia a esquema-tipo *strictu sensu* de determinación judicial de la pena, se hace alusión a un sistema normativo que permite a una adecuada determinación o graduación de la pena por parte del órgano jurisdiccional en el caso concreto. Esquema *strictu sensu* que tiene que ser lo suficientemente claro (no solo porque así lo exige el principio de legalidad o de taxatividad), de tal manera que se cumpla el fin subyacente a tal normatividad.

La normatividad referida a la determinación judicial de la pena, en el Código Penal de 1991, es un tanto escasa e inadecuada; es escasa, porque no existe necesarias y suficientes normas jurídicas que contribuyan a operativizar los criterios y circunstancias referidos al hecho (periférico) y a la personalidad del autor y partícipe, y se observa esto cuando concurren circunstancias agravantes o atenuantes, o ambas a la vez, en un determinado caso concreto; y es inadecuada, porque establece criterios y circunstancias que son bastantes genéricas, e incluso vagas, y peor aún resulta, que estos criterios y circunstancias no están debidamente clasificados y sistematizados (que se hace manifiesta en el artículo 46° del Código Penal antes de su modificatoria, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013); asimismo, no permite conocer cuál es el límite que implica la rebaja prudencial de la pena por parte del órgano jurisdiccional como, por ejemplo, en el artículo 21° del Código Penal (responsabilidad atenuada); en general, cuál es el efecto (penológico) de las circunstancias reguladas en la Parte General del Código Penal.

Por otro lado, no establece cómo el órgano jurisdiccional debe operativizar los criterios y circunstancias, en caso de concurrencia, sobre todo cuando se trata del mismo nivel o jerarquía.⁽⁴²⁸⁾

(428) Conviene precisar aquí, que esta afirmación se refiere a lo que existe –ahora, existía– en el Código Penal de 1991 (Parte General) y no tanto al Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del

Además, este esquema *strictu sensu* no permite bosquejar meridianamente el proceso de determinación de la pena, en el caso concreto, por parte del órgano jurisdiccional, generándose como consecuencia, la dependencia por parte del órgano jurisdiccional, de acuerdos plenarios (V.gr., Acuerdo Plenario 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008). Con esto no se está afirmando, que este medio sea negativo, nada de esto.

3. La Insuficiente Normatividad Adecuada de Determinación Judicial de la Pena en el Código Penal de 1991

Los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, regulados en el Código Penal de 1991 (principalmente, en los artículos 45° y 46° de este Código), son indeterminadas, genéricas y vagas, además de ser asistemáticas. Por ejemplo, los criterios establecidos en el artículo 46° del mencionado Código punitivo, tienen esas características, e inclusive no se conoce cuáles de estos son, de acuerdo a sus efectos, agravantes y cuáles son atenuantes.

La situación antes mencionada, fue aminorada con la publicación –y posterior puesta en vigencia– de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, pero; sin embargo, esto no significa que el problema se haya terminado, sino todo lo contrario, se va a agudizar –y está agudizando. El legislador (penal) con esta Ley, prácticamente, ha reglamentado los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, lo que *a posteriori* va a generar –y está generando– confusión, en el momento de aplicar a los casos concretos, en el órgano jurisdiccional; ya que, algunos de estos criterios y circunstancias ya forman parte (configurante) del tipo penal básico o del tipo penal derivado o agravado, generándose,

16 de noviembre de 2010, emitida por las Salas Penales Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

principalmente, el problema de la doble valoración, que está prohibida por el ordenamiento jurídico-penal.

Por otro lado, fue –o aún resulta– necesario la incorporación de normas jurídicas que permitiera o que permita a una adecuada graduación o determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto, y de esta manera supiera este órgano, qué hacer ante la concurrencia de circunstancias atenuantes (genérica, específica o privilegiada) y de circunstancias agravantes (genérica, específica o cualificada, o de ambas a la vez), obviamente tal concurrencia sea de atenuantes o de agravantes tiene que ser de distinta naturaleza.

Una muestra de la carencia de una normatividad jurídico-penal (suficiente) respecto a la operativización de las circunstancias en caso de su concurrencia, sobre todo cuando se trata de circunstancias específicas de igual naturaleza, pero de distinto nivel o grado es la dación del Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 (para los delitos agravados de secuestro, hurto, robo y tráfico ilícito de drogas, regulados en los artículos 152°, 186°, 189° y 297°, respectivamente, del Código Penal de 1991).

Resulta necesario un sistema jurídico normativo adecuado, que tenga como base una política criminal adecuada por parte del legislador penal peruano, el mismo que se resume, en un estudio serio de la realidad peruana y del sistema legislativo comparado, de lo contrario se estaría realizando una política criminal improvisada, irreal. Pero, por otro lado, es necesario la incorporación de normas jurídicas que permitan al órgano jurisdiccional en qué medida las circunstancias atenuantes (genéricas, específicas o privilegiadas) y las circunstancias agravantes (genéricas, específicas o cualificadas), disminuyen o aumentan la pena en el caso concreto, de tal manera que le permita conocer los efectos de estas circunstancias, los mismos que serían explicitadas en la sentencia penal condenatoria (extremo respectivo).

Ahora bien, con la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 se modifica –y a la vez incorpora– la normatividad de determinación judicial de la pena, siendo un artículo incorporado al Código Penal vigente, el artículo 45-A que regula las etapas del proceso de determinación judicial de la pena y direcciona la ubicación de la pena a graduarse por el órgano jurisdiccional (tercio inferior, tercio medio y tercio superior), según la concurrencia o no de circunstancias atenuantes o agravantes y de qué calidad son estas; sin embargo, esta normatividad aún no constituye una solución a la problemática de la determinación judicial de la pena, esto es, la búsqueda de un esquema-tipo adecuado que permita, razonablemente, la graduación de la pena por parte del órgano jurisdiccional en el caso concreto, que sea respetuoso de la dignidad de la persona humana.

3.1 La Ausencia de un Esquema de Determinación de la Pena Explícito en el Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena

La inexistencia prácticamente de un esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena explícito en el sistema normativo, previsto en el Código Penal vigente, ha generado la necesidad de establecer un modelo tipo de determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional; ya que, esta no resulta del todo claro y evidente para el operador jurídico-penal, en el momento de la graduación de la pena, siendo una muestra de ello, en ese entonces, la creación del Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116 del 18 de julio de 2008.

Un sistema jurídico normativo que prevea criterios y circunstancias, en forma más o menos, determinados (desarrollado); no obstante, que el propio legislador (penal), en la regulación o construcción del mismo, emplee términos jurídicos con cierta vaguedad. Con el término *sistema jurídico* se está refiriendo a un conjunto de normas jurídicas

válidas⁽⁴²⁹⁾ (normas en sí y principios positivos), ordenadas razonablemente y en forma consistente (y coherente axiológicamente), que tiene como fundamento principal teleológicamente, la adecuada graduación de la pena, en el caso concreto, por parte del órgano jurisdiccional.

Este sistema jurídico de determinación judicial de la pena, que debe ser el más adecuado y práctico, coadyuvará a la graficación o dibujación de este esquema *strictu sensu*, que será funcional en la medida que sea útil y eficiente.

La funcionalización de un esquema *strictu sensu* de determinación (judicial) de la pena⁽⁴³⁰⁾ depende de 2 supuestos objetivos, siendo el primer supuesto el grado de indeterminación de los criterios de determinación de la pena; y el segundo supuesto, la explicitación de criterios objetivos en la sentencia penal (condenatoria). Así, por ejemplo, en el caso de la tentativa regulado en el artículo 16º del Código Penal, qué implica la disminución prudencial de la pena por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto.

(429) No obstante de esta definición, claramente de Derecho positivo, también se puede definir (bajo perspectiva del postpositivismo principialista) como un conjunto de disposiciones de naturaleza jurídica (reglas y principios jurídicos objetivos) que están debidamente ordenadas en determinadas categorías y cuya razón principal es la adecuada (y razonable) determinación de la pena, en el caso concreto, por parte del órgano jurisdiccional.

(430) Resulta conveniente precisar aquí, que por el término *funcionalización* –del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena– ha de entenderse como un medio útil para la graduación de la pena, en el caso concreto, por el órgano jurisdiccional, que constituye, a su vez, un medio de justificación de la vigencia de dicho esquema. Pero como la funcionalización de este instituto jurídico-penal puede generar consecuencias negativas en los fines de la política criminal, entonces es necesario su *desformalización*, esto es, reducir o disminuir las barreras (propias) del Derecho Penal garantista (p. ej., evitar las formalidades que exigen las normas jurídico-penales); sin perjuicio, también ha de entenderse como la flexibilización y revitalización de las estructuras (desnaturalizadas) del Derecho Penal. (Véase Hassemer & Muñoz, 1989, pp. 173-175)

Sistema que exigirá al operador jurídico-penal (V.gr., el juez penal) la explicitación de la operativización de las circunstancias concurrentes en el caso concreto, en la sentencia penal condenatoria; es decir, permitirá como conocer al justiciable, en general a la sociedad, en qué medida tal o cual circunstancia, de tal o cual calidad, ha agravado o ha atenuado la pena impuesta al procesado, y claro, siempre el operador jurídico-penal tendrá el hecho de la determinación de la pena, como referencia, y de ello extraer el fin o fines de la pena que va a predominar, en el proceso de determinación de la pena.

3.2 La Necesidad de una Mayor Determinación de los Criterios y Circunstancias de Determinación Judicial de la Pena

Los criterios y circunstancias regulados, principalmente, en los artículos 45° y 46° del Código Penal deben ser menos genéricos; ya que, en ese entonces (antes sus modificación mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), eran indeterminados, eran bastante genéricos, esto es sin considerar, *prima facie*, la ausencia de una clasificación de las mismas en el mencionado Código punitivo (p. ej., una clasificación, por los efectos, en circunstancias atenuantes y en circunstancias agravantes).

Los criterios y circunstancias establecidos en la ley penal (V.gr., el artículo 46° del Código Penal vigente), son verdaderos principios (por su grado de generalidad), e incluso así es catalogado por un sector de la doctrina alemana, como principios jurídicos.

Por otro lado, estas circunstancias de determinación de la pena aún siguen siendo un tanto genéricos, sobre todo confusos para el operador jurídico-penal (p. ej., el juez penal). Dos muestras de ello lo constituyen el criterio regulado en el inciso 3 del artículo 45° del Código Penal y el criterio regulado en el inciso 4 del artículo 46° del mencionado Código.

El primer inciso mencionado en el párrafo precedente se refiere a “*los intereses de la víctima*”. Esta norma no se conoce a qué se refiere exactamente, puede referirse al grado de interés que puede tener la víctima por la sanción penal (con una pena elevada o no) o simplemente, por la no sanción al procesado, pero sí, por una buena reparación económica a la(s) víctima(s), o por ambas a la vez (una pena y una reparación económica), o en el peor de los casos puede referirse a la cantidad de veces que se ha apersonado al juzgado o sala penal respectiva, mientras el delincuente estaba siendo procesado. De manera que resulta *conditio sine qua non*, una adecuada determinación y regulación del criterio (político) referido a la víctima, en general de los criterios de determinación judicial de pena, con la finalidad que el órgano jurisdiccional las pueda graduar adecuadamente; a propósito aquí se puede traer a colación sobre la situación de la víctima para el Derecho Penal, al respecto Hassemer (1980), citado por Tamarit (1998, p. 37), señala:

Para que el Derecho penal pueda desempeñar correctamente su función como Derecho público no puede atender a la voluntad o los fines de la víctima, pues es inherente al desarrollo del mismo proceso de neutralización de la *víctima* [las comillas dobles se omitió y se colocó la cursiva] paralela a la formulación y consolidación del concepto bien jurídico.⁽⁴³¹⁾

El segundo inciso mencionado en el párrafo tercero de este subapartado (sección), se refiere a “*la extensión del daño*”, criterio que el juez penal debe atender para graduar o determinar la pena en el caso concreto, claro, dentro de los límites fijados

(431) Resulta *conditio sine qua non* precisar, que el citado autor no está en contra de la protección, por el Derecho Penal, de la víctima o que dé a entender en este sentido sino, todo lo contrario.

por la ley. Esta norma (que regula el mencionado criterio) no se conoce a qué se refiere exactamente, porque puede referirse a un daño físico, psicológico o daño moral o daño patrimonial; asimismo, la extensión de mismo, puede referirse, obviamente dentro los tres últimos, el daño psicológico o moral solo alcanzó a la víctima, a toda la familia de la víctima o además de la familia de la víctima, a todas las personas más cercanas a la víctima, y por qué no, hasta las mascotas de la víctima.

Como se puede observar, en el párrafo precedente, no se conoce con claridad y certeza a qué se refirió exactamente el legislador al regular, en los artículos respectivos del Código Penal, esos criterios y circunstancias, de determinación de la pena, hasta incluso ni siquiera en el caso concreto el órgano jurisdiccional, puede o podrá determinar el sentido verdadero de las normas antes mencionadas, con la finalidad de una adecuada y razonable graduación de la pena. Por lo que, se necesita de una mayor determinación de los criterios y circunstancias de determinación de la pena en la ley penal, claro, tampoco se quiere una sábana o serie de criterios y circunstancias de determinación (judicial) de la pena de tipo reglamentaria y asistemática, tal como ello se puede observar en la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, que modificó los artículo 45° y 46° del Código Penal, entre otros artículos, sino una normatividad lo menos generalizable o genérico posible de determinación de la pena (con un desarrollo sintético), pero que permita orientar, de la mejor manera, al órgano jurisdiccional en el proceso de determinación de la pena.

4. La Necesidad de Explicitación de los Criterios y Circunstancias de Determinación de la Pena

Como se puede observar, en el Código Penal vigente, los criterios y circunstancias referidos a la determinación judicial de la pena por el órgano jurisdiccional, son bastante

genéricos, existen conceptos jurídicos indeterminados, vagos e incluso ambiguos.

Ante esta realidad existe la necesidad que estos criterios y circunstancias deben ser explícitos, esto es, semidesarrollados en forma clara en la ley penal, de una manera más o menos razonable, sin caer en actos de reglamentación administrativa, tal como se manifestaron los jueces y fiscales penales encuestados, cuando seleccionaron la subalternativa “b” de la encuesta, esto es, no existe una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena (véase *supra* el capítulo IV, apartado 4 de la presente tesis). Esta cuestión es un problema del Derecho positivo y también de la Filosofía, particularmente de la Filosofía Lingüística (última revolución filosófica), toda vez que se trata del lenguaje (escrito) empleado en la ley positiva (V.gr., el art. 46° del CP), estas son ambiguas u oscuras y como tal pueden ser resueltos “reformando el lenguaje o comprendiendo mejor el que usamos en el presente” (Rorty, 1998, p. 50).

Ahora, realizando un razonamiento analógico, se puede decir, que la ambigüedad u oscuridad de los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, puede ser resuelto mediante la explicitación de estos criterios y circunstancias en la ley penal (V.gr., Código Penal de 1991), cuyo fundamento filosófico estaría en la Filosofía Lingüística, que busca, por una parte, una correcta formalización del lenguaje (con cierto nivel de precisión), por otra parte, el uso institucionalizado del lenguaje en las interacciones sociales (Rojas A., 2006, p. 403). Esto ha de entenderse referido al lenguaje empleado por el legislador (penal) en la normatividad relacionado a la determinación judicial de la pena.

El problema de la ambigüedad u oscuridad o indeterminación del lenguaje observable en los enunciados jurídicos relacionados a la determinación judicial de la pena y la necesidad de su explicitación en la ley penal, con la modificatoria introducida, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal vigente, no fueron resueltos y más bien se ha visto un complejizado, claro se desarrollo los criterios y circunstancias,

pero en exceso, que prácticamente se aparece a un reglamento, carente de determinada sistemática, y esto sí que va generar –y está generando– confusión en el órgano aplicador de la ley penal (p. ej., el órgano jurisdiccional), e incluso puede poner en entredicho, de alguna manera, con el principio jurídico positivo, como el principio de legalidad en su expresión de taxatividad, esto es, que la ley tiene que ser formulada de manera expresa e inequívoca (*lex certa*).

Otro aspecto que tiene que ver con este apartado, es con lo observado en las sentencias condenatorias (225) analizadas en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima. Así, existe la necesidad que el órgano jurisdiccional no solo observe todos los criterios y circunstancias concurrentes en el caso concreto, sino también, los razone correctamente (en el extremo de la sentencia condenatoria correspondiente), con suficientes argumentos, tanto fácticos como jurídicos. En el aspecto fáctico, por ejemplo, explicita el grado de atenuación (disminución) o agravación (aumento) de las circunstancias concurrentes, en el caso concreto, en el momento de la graduación de la pena.

De las sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas, tanto de expedientes del 2010 como de expedientes del 2011, esto es, 225 sentencias penales de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, 217 estaban inadecuadamente graduadas o determinadas por el órgano jurisdiccional; de las cuales 112 fueron de expedientes del 2010 y 105 (sentencias) de expedientes del 2011. Esta deficiencia (o problema) también se observó, pero en otro aspecto de este instituto jurídico-penal, esto es, la motivación de la determinación judicial de la pena; así, se dio, de las 225 sentencias condenatorias antes mencionada, en 109 de estas sentencias penales de expedientes del 2010 y en 98 de estas sentencias condenatorias de expedientes del 2011, consistiendo ello (principalmente), en ambos años, en la no adopción de criterios necesarios y

suficientes o consistentes (cualitativamente) con base a argumentos fácticos claros y objetivos, por parte del órgano jurisdiccional.

El lenguaje empleado por el órgano jurisdiccional, en el momento de la determinación de la pena, en la sentencia penal condenatoria respectiva, estas también necesitan –y deben– ser explicitadas (desde la perspectiva de la Filosofía Lingüística, reformadas), con la finalidad que el justiciable, en general la sociedad, entienda (y comprenda) del porqué de tal o cual pena. La explicitación de los criterios y circunstancias referidos a este instituto jurídico-penal por parte del órgano jurisdiccional, es una exigencia no solo con fines control (jurisdiccional o constitucional) de la determinación de la pena y el aspecto relacionado a la misma, como es su motivación y el principio de publicidad, sino, sobre todo, en cumplimiento del principio de legalidad penal. Con esta explicitación, el sistema jurídico de determinación judicial de la pena se hará más funcional, toda vez que los criterios y circunstancias no tendrán un alto grado de generalidad al estilo de los principios, según la concepción del autor Robert Alexy.

5. La Ausencia de Adecuadas Normas Jurídicas que Permitan Operativizar el Esquema de Determinación Judicial de la Pena Establecido en el Código Penal de 1991

En las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y 2011 que se analizaron (225) en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, se observa, que en ningún caso de concurrencia de circunstancias agravantes genéricas y circunstancias agravantes especiales o específicas, pero de distinta naturaleza, el órgano jurisdiccional no las explicita en la sentencia respectiva; es decir, no se conoce qué peso se le otorgó o cuál es el efecto agravatorio de cada circunstancia concurrente, en el caso concreto. Esto, de alguna manera, se ve reflejado claramente en la encuesta realizada a los jueces y fiscales penales, que seleccionaron la

alternativa “A”, esto es, sí encuentra dificultades para la graduación de la pena, en un porcentaje considerable (53.33%) (*Vide supra*: capítulo IV apartado 4 de la presente tesis).

En la doctrina comparada (praxis judicial Argentina) esta realidad no fue ajena, y así lo afirma Ziffer (1996, p. 97): “(...) de la lectura de la sentencia no solo no es posible saber cuánta importancia tuvo un factor en la decisión final, sino que ni siquiera se especifica si fue considerado para agravar o atenuar la pena.”

De igual manera se puede afirmar respecto de la concurrencia de circunstancias atenuantes (genéricas), tampoco el órgano jurisdiccional las explicita (o fundamenta) en la sentencia condenatoria respectiva, solo hace meras referencias a ellas.

Un aspecto de esta realidad, es la concurrencia de circunstancias agravantes específicas o especiales, que configuran los tipos penales en su modalidad agravada en el respectivo delito, el órgano jurisdiccional no las operativiza, en el caso concreto; es decir, no se conoce el grado o medida de agravación (aumento) de la pena a imponerse al procesado, en la sentencia penal condenatoria, pero otro lado, tampoco existe sistema jurídico que permita tal operativización de las circunstancias concurrentes, constituyendo una muestra de esta carencia la dación del Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116 del 16 de noviembre de 2010 que regula, de alguna manera, la concurrencia de circunstancias agravantes de diferente nivel o grado en el delito de robo en la modalidad agravada (artículo 189° del Código Penal) y otros 3 delitos más. Con esto (último), no se está tratando de justificar, de alguna manera, del porqué el órgano jurisdiccional no explicita, en las sentencias condenatorias, y como tal la operativización de circunstancias, sino todo lo contrario.

Ante la situación problemática antes mencionada, existió –y existe aún hasta ahora– la necesidad de introducir doctrinariamente de adecuados criterios (normas operativas) que permiten viabilizar los criterios y circunstancias concurrentes de determinación judicial de

la pena, en el caso concreto. Es así, que se introduce a la jurisprudencia judicial, los criterios de compensación de los efectos circunstanciales y el criterio de la compatibilidad de las circunstancias, que fue adoptado de la jurisprudencia judicial y literatura jurídica española (Véase a Cobo & Vives, 1999, pp. 888-890).

De lo expuesto en los párrafos anteriores, se puede afirmar con convicción que es necesario crear (creación *push*) un sistema jurídico de determinación de la pena por el órgano jurisdiccional, que permita la operativización de circunstancias concurrentes en el caso concreto, sobre todo cuando se trata de circunstancias especiales o cualificadas, de distinta naturaleza, para una adecuada o razonable graduación de la pena, por parte del órgano mencionado y por qué no, del fiscal (penal), también lo realice; donde, el órgano aplicador e intérprete del Derecho, tome como tópico, siempre, el fin o fines de la pena, según sea caso.

6. La Prohibición de la Doble Valoración de los Criterios o Circunstancias de Determinación Judicial de la Pena

La regla que prohíbe la doble valoración de los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena está establecida (implícitamente) en el párrafo primero del artículo 46° del Código Penal (antes de su modificatoria mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013): “*Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atenderá la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del hecho punible o modificatorias de la responsabilidad*” (1991).⁽⁴³²⁾ Esta norma o cláusula prohíbe al órgano jurisdiccional

(432) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

en considerar nuevamente, desde la perspectiva valorativa, aquellos elementos o circunstancias que sean constitutivas del hecho punible en concreto, esto es, que forman parte del tipo penal del delito respectivo (V.gr., la violencia empleado por el delincuente en el delito de robo), o a aquellas circunstancias modificativas de responsabilidad penal (V.gr., la no consumación del delito, tentativa), en el momento de la determinación o graduación de la pena; ya que, el legislador ya las consideró, en el momento de la tipificación de la conducta delictiva, básica o agravada, y estableció la respectiva pena (básica o conminada), un extremo mínimo y/o un extremo máximo.

El párrafo primero del precitado artículo, no precisa, en realidad, qué elementos o circunstancias no se debe valorar doblemente en el momento de la determinación de la pena por el órgano jurisdiccional; es decir, si se refiere, según sus efectos, a una circunstancia atenuante o a una circunstancia agravante o a ambas a la vez. Sin embargo, en la praxis judicial peruana esta situación se viene interpretando, dicha cláusula, como referida solo a circunstancias agravantes, es decir, para no agravar (más) la pena a imponerse al procesado.

La precitada cuestión es casi resuelto en el ordenamiento jurídico-penal alemán, por ejemplo; así, Jescheck y Weigend (2014) afirman:

En cierto sentido, el contrapunto a la regulación del § 46 III que, en realidad se dirige contra las agravaciones de la pena, viene constituido por el § 50: esta disposición prohíbe la doble valoración de circunstancias atenuantes de la pena (...). (pp. 1343-1344)

El apartado tercero (III) del § 46 se precisa: “No podrá tomarse en consideración las circunstancias que ya caractericen al tipo legal” (Código Penal alemán, [1975]). Y el § 50 del precitado Código se refiere a la concurrencia de causas atenuantes

(doble valoración de circunstancias atenuantes de la pena).

De lo expuesto en los párrafos precedentes, se advierte que existe un vacío normativo en el sistema jurídico de determinación judicial de la pena peruano en cuanto a la doble valoración de circunstancias atenuantes de la pena o supuesto de concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas, por sus efectos. Esta situación de vacío normativo no se observa, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico-penal alemán (Código Penal de [1975]), toda vez que está prevista en el § 50 del Código alemán (concurrencia de causas atenuantes), claro, que no está exenta de críticas en la literatura jurídico-penal alemana. (Véase *infra* capítulo VII *in fine*).

La prohibición de la doble valoración de criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena o “ estándar mínimo ” de realización del tipo penal, resulta difícil que elementos o circunstancias las integra, con la finalidad de no tomarlas en cuenta en el momento de la determinación (individualización) de la pena por el órgano jurisdiccional (Jescheck & Weignd, 2014, p. 1343).

Jescheck y Weignd (2014) señalan también, a renglón seguido:

Y es que, por una parte, la mera existencia de los “elementos del tipo legal” no fundamenta ninguna agravación de la pena pero, por otra, no puede existir ninguna duda de que el alcance de los elementos del tipo (como, por ejemplo, la cuantía del perjuicio patrimonial en el § 263 [delito de estafa] o la gravedad de las lesiones corporales en el § 223a [daño físico peligroso], ahora, en el § 224 [grave daño físico] vigente) pueden perfectamente poseer importancia para la individualización de la pena. (p. 1343)⁽⁴³³⁾

(433) Lo que está entre corchetes es ajeno al texto transcrito.

La regla mencionada antes tiene un fin teleológico que es la de evitar que el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, imponga una pena distinta a la que correspondería, si observa esta regla, incluso esta pena puede ser elevada, y su fundamento está en que el legislador (penal) ya ha considerado o valorado a aquellos elementos o factores referidos al hecho punible cometido en la configuración del tipo penal básico del respectivo delito o del tipo penal agravado así como determinando la respectiva pena (extremo mínimo y/o extremo máximo), en la Parte Especial del Código Penal de 1991.

Heinz Zipf (1995) señala respecto a la prohibición de la doble valoración:

Aquella parte de la determinación de la pena que el legislador ha solucionado de manera general, en cuanto a la tipificación de factores de ilicitud y culpabilidad, no puede ser reclamada para sí por el juez al concretar la determinación de la pena. (pp. 741-742)

Zipf define a esta regla (prohibición de doble valoración): “como una infracción a la necesidad de la valoración individual de la culpabilidad por el hecho.” (p. 742)

En el mismo sentido, Calderón y Choclán (1999) afirman, que los criterios de valoración del legislador, en la determinación del marco penal (extremo mínimo y extremo máximo de la pena) en la ley penal, y la de los jueces, en la individualización *strictu sensu* de la pena, son distintos y excluyentes:

Para la realización de estas dos operaciones los criterios de valoración que debe manejar el juez son distintos y excluyentes en el sentido de que no pueden ser tenidos en cuenta en la labor de individualización judicial *strictu sensu* criterios que ya incidieron en la determinación del marco legal de la individualización. (p. 487)

Sauer (1956) afirma respecto a la doble valoración: “la medición de la pena debe

aportar naturalmente algo nuevo frente a las reglas legales de la medición” (como citado por Calderón, & Choclán, 1999, loc. cit.).

Ahora, ya con la modificatoria del artículo 46° del Código Penal, entre otros artículos, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, esta cláusula de prohibición de doble valoración de criterios y circunstancias de determinación de la pena, está regulado en el párrafo segundo del artículo 45-A (incorporado a este corpus iuris penale, mediante la precitada Ley). Así reza el mencionado párrafo: “*Para determinar la pena dentro de los límites fijados por la ley, el Juez atiende la responsabilidad y gravedad del hecho punible cometido, en cuanto no sean específicamente constitutivas del delito o modificatorias de la responsabilidad.*” (CP, 2015, art. 45-A).⁽⁴³⁴⁾ Aquí merece realizar un comentario particular a este párrafo segundo, *prima facie*, se puede advertir que ahora el legislador ha redactado el verbo en tiempo presente y ya no en tiempo futuro, tal como lo estaba antes, y que aparentemente la cláusula de prohibición de doble valoración de circunstancias solo regiría en los delitos mas no en las faltas; sin embargo, esto no necesariamente debe ser interpretado de esta manera, por eso de “aparentemente”.

Por otro lado, esta cláusula de prohibición de doble valoración de circunstancias de determinación de la pena, también está regulado, repetidamente, se considera que por una inadecuada (sistemática) de este instituto jurídico-penal (por parte del legislador peruano), en los numerales 1 y 2 del presente artículo 46° del mencionado Código. Así rezan estos numerales, respectivamente: “*1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivo del hecho punible, (...)*”; y “*2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no*

(434) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

sean elementos constitutivo del hecho punible, (...)” (CP, 2015, art. 46).⁽⁴³⁵⁾ De igual manera, que antes de la modificatoria, se refiere o debe entenderse referida, a que la cláusula de prohibición de doble valoración, solo a las circunstancias de agravación (no cualificadas), por sus efectos en el aumento de la pena a imponerse al procesado.

De lo expuesto en los dos párrafos precedentes, se puede advertir que existe aún el vacío normativo antes mencionado, esto es, que no existe norma jurídica alguna, en el Código Penal vigente, en general en el ordenamiento jurídico-penal peruano, que regule (prohibiendo) la doble valoración de circunstancias atenuantes privilegiadas (por sus efectos sobre el quantum de la pena a imponerse); ya que, de esta manera se puede evitar, la graduación de la pena por debajo del grado de culpabilidad por hecho cometido o que la misma no resocialice al condenado, por el contrario lo desocialice.

7. La Ausencia de una Adecuada Capacitación Técnico-profesional a los Jueces y Fiscales Penales en Determinación de la Pena

La ausencia de una adecuada capacitación técnico-profesional en el tema en cuestión (determinación judicial de la pena y el aspecto relacionado a la misma, como es su motivación la motivació) es la otra arista que contribuye, de alguna manera, a la inoperatividad funcional del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena establecido en el Código Penal de 1991 (incluso hasta el actual esquema *lato sensu* de tercios vigente). Este factor se ve reflejado en la encuesta realizada a los jueces y fiscales penales, que en un porcentaje considerable (26.6%) seleccionaron, que no existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente (Academia de la Magistratura).

(435) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

La posición adoptada por los encuestados se ve demostrada, de alguna manera, en el material de enseñanza o de capacitación que se entrega a los jueces y fiscales penales, en el programa respectivo, donde se puede observar y leer que se trata de fuentes, en general, de carácter genérico y de autores extranjeros, principalmente españoles (V.gr., José González Cussac); a propósito, de esto último, no se debe entender como, que se está en contra de autores extranjeros (tomado como referencia), sino lo que se trata –y se debe tratar– es realizar una adaptación o modificación (innovación *pull*) de las fuentes extranjeras a la realidad judicial peruana. En esta afirmación, asimismo, se ha tomado en consideración la existencia de videos, que tratan el tema en cuestión; no obstante, de su relativa antigüedad.

En conclusión, la inoperatividad funcional del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena, establecido en el Código Penal de 1991, se debe a la existencia de penas inadecuadamente graduadas o determinadas por el órgano jurisdiccional, en las 217 (sentencias) de 225 sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas, de expedientes del 2010 y 2011, en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima; y la ausencia de explicitación de los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias analizadas; así como, de alguna manera, a la ausencia de capacitación técnico-profesional al órgano jurisdiccional en el tema en cuestión. Por otro lado, también se debe a la ausencia de normatividad adecuada y suficiente de determinación judicial de la pena, y sobre todo, de normas que permitan operativizar funcionalmente –al órgano jurisdiccional– los criterios y circunstancias, en caso de concurrencia, en los respectivos casos concretos; evidenciándose en ello en la ley penal (V.gr., Código Penal de 1991), a través de las 225 sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas, de expedientes del 2010 y 2011, en los respectivos juzgados y salas penales, ambas jerarquías para procesos con reos en cárcel; siendo reforzado esta situación, de alguna manera, por el resultado de las 39 encuestas realizadas a los jueces y fiscales penales (27).

CAPÍTULO VI: EL NUEVO SISTEMA JURÍDICO DE DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA

1. Aspectos Generales

El Estado⁽⁴³⁶⁾ tiene su origen (partida de nacimiento) en un contrato social, y en este contrato social el Estado tiene determinados fines (*V.gr.*, el fin común o bienestar general), y para el logro de estos fines era necesario que el Estado organizado divida sus funciones, y así, se produce, lo que en la filosofía política se denomina, la separación de poderes y, tradicionalmente, se menciona de la función de administrar (e impartir) justicia (Poder Judicial), la función administrativa (Poder Ejecutivo) y la función de control político (Poder Legislativo), e incluso en algunos países existe la monarquía constitucional (*V.gr.*, Inglaterra),⁽⁴³⁷⁾ y cada uno de estos poderes interactúa no solo con personas, sino con instituciones (estatales y privadas), cuyas funciones se complementan

(436) Este capítulo VI es adicional (agregado) a los otros capítulos de la presente tesis, que ya se venían desarrollando, esto es, ejecutando; ya que, el legislador peruano decidió modificar, ante una ola de críticas y de incremento de la inseguridad ciudadana, los artículos relacionados al *sistema* jurídico de determinación judicial de la pena, e introducir un artículo adicional (*V.gr.*, art. 45-A del CP), entre otras modificaciones al Código Penal de 1991.

(437) La evolución del Estado, en la realidad peruana no fue ajena a lo que acontecía en Europa, esto es, se pasó de un Estado liberal –donde priman los derechos individuales y un Estado un tanto aislado de los problemas sociales–, a un Estado social –donde priman los derechos sociales (colectivos) y el Estado interventor cumple un rol muy activo en la solución de los problemas sociales–, de tal manera, que se observa una disminución de la sensibilidad entre los postulados de la forma de organización de este Estado.

a las propias de cada poder del Estado.⁽⁴³⁸⁾

De acuerdo al tema que se está tratando aquí, atañe explicar brevemente, con la finalidad de aterrizar sobre suelo firme y tener la idea completa, la función del Poder Judicial, que es la de administrar e impartir justicia, a través de los operadores jurídico-penales, específicamente del órgano jurisdiccional (juez y tribunal penal), ante determinados hechos antijurídicos, como los delitos, que hacen insoportable o intolerable la convivencia (general) pacífica y razonable de los miembros de la sociedad, y que la misma requiere de solución, con la finalidad de mantener el equilibrio pacífico y en libertad de las personas en una determinada sociedad.

El Poder Judicial se vale de determinadas instituciones e instrumentos como las normas jurídicas, específicamente de las normas jurídico-penales, con la finalidad de dar una solución a los conflictos sociales relevantes jurídico-penalmente, absolviendo (si es que la persona procesada no es hallado responsable) o sancionando a la persona que infringió una determinada norma jurídico-penal, lesión o puesta en peligro determinados bienes jurídicos (penales), siendo un tipo de sanción penal la pena privativa de libertad, la misma que será aplicada y determinada de manera ordenada y sistematizada, a través de etapas y bajo cierta metodología, por el órgano jurisdiccional, quien observará ciertos principios propios de un Derecho Penal garantista constitucionalizado.

El establecimiento y desarrollo del sistema jurídico peruano, en particular el sistema jurídico penal siempre ha carecido de originalidad, en su mayor parte, bien se ha copeado, en su integridad, textos de leyes extranjeras (algunos han sido inadecuadamente transcritos),

(438) Ahora (en el presente) las funciones mencionadas ya no son propias (privativas) de cada uno de los poderes del Estado, ahora, se comparten las funciones, y que la misma depende de determinados factores, como el factor territorio, competencia, entre otros factores. Por ejemplo, el Poder Ejecutivo crea normas jurídicas, esto es, legisla (en materia tributaria y de terrorismo), que era función netamente del Poder Legislativo (el congreso).

bien se realizó modificaciones a leyes extranjeras, que tienen una base política criminal inspirada en una realidad distinta a la peruana, siendo uno de ellos el sistema de determinación de la pena, que como se conoce se tiene un sistema-modelo de criterios generales o formulas sintéticas con penas flexibles que deja a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, la determinación de la sanción penal (particularmente la pena) en el caso concreto.

En los códigos penales que se han dado hasta ahora (1863, 1924 y 1991), la normatividad referida a la determinación de la pena como sistema, se fue progresivamente simplificando, a la vez, careciendo de una sistemática clara; particularmente, durante la vigencia de los Códigos de 1924 y 1991 (antes de su modificatoria por Ley N° 30076) se hizo más notorio la insuficiencia e inadecuada normatividad referido a la graduación de la pena, toda vez que óptimamente no se pudo –o no se puede– instrumentalizar el sistema jurídico de determinación judicial de la pena, repercutiendo (negativamente) en los justiciables y en sociedad, en general. Esta situación se considera fundadamente, que se debe a la falta de originalidad de la normatividad de este instituto jurídico-penal, sobre todo a un estudio de política criminal serio y profundo de la misma.

La funcionalización de un determinado instituto jurídico-penal, como la determinación judicial de la pena, tiene que ir a la par con la actualización de los demás sistemas normativos del sistema penal, esto es, el derecho procesal penal y el derecho penitenciario, principalmente; así, se tiene en la actualidad vigente en Lima, normas jurídicas (procesales) propios de un sistema procesal penal acusatorio-adversarial (*V.gr.*, Código Procesal Penal de 2004) y de un sistema inquisitivo-mixto (*V.gr.*, Código de Procedimientos Penales de 1940) aunado a normas jurídicas sustantivos (penales), predominantemente, inquisitivos –y no garantistas–, elaborado en un contexto político-social negativo. Todo esto influye en la funcionalización de los institutos jurídico-penales.

La realidad peruana un tanto compleja demanda, como cualquier otra realidad, porque se está un contexto globalizador, de mayor seguridad jurídica, esto es, de no solo de una adecuada aplicación (e interpretación) de las normas jurídicas existentes, sino también de constitución (creación-*push*) de más normas jurídicas, siendo uno de estas normas, las normas jurídico-penales de determinación judicial de la pena, con la finalidad que haya mayor predictibilidad en los fallos (sentencias penales condenatorias) del órgano jurisdiccional, en los casos concretos que tiene que resolver.

La introducción del modelo de tercios al sistema de administración de justicia penal (con la regulación en el Código Penal de 1991 y su puesta en vigencia) se debió a la realidad mencionada en los párrafos precedentes. Este sistema de tercios, que estaba previsto en el Anteproyecto de Código Penal 2009, se considera fundadamente que no será del todo funcional y operativa, toda vez que es un producto más de la improvisación del legislador penal peruano, no es producto de un estudio de política criminal con sólido respaldo criminológico de la realidad peruana, e inclusive se ha tomado –y utilizado– la misma forma de regulación del sistema de cuartos, del legislador colombiano del Código Penal del 2000. Se tiene una realidad con alto índice de criminalidad, que incrementa la inseguridad ciudadana y el grado de deslegitimación de la pena y del propio sistema, en general del sistema penal.

De manera que la realidad peruana, que no es ajena al proceso constitucionalización del Derecho [fenómeno del postpositivismo],⁽⁴³⁹⁾ particularmente, del Derecho Penal, demanda un sistema jurídico de determinación judicial de la pena con normas jurídicas adecuadas,

(439) Según Riccardo Guastini (2010) existen tres sentidos o maneras de entender el proceso de constitucionalización del ordenamiento jurídico. En la presente tesis se asume –y se asumió– en el tercer sentido, esto es, como un proceso de transformación de un ordenamiento jurídico, que resulta totalmente impregnado de normas constitucionales. Obviamente, no se comparte la idea de ser extremadamente invasiva y desbordante, críticas que se le formula en la doctrina (pp. 155-157).

que sean producto de un estudio de política criminal serio, con gran respaldo criminológico y un estudio comparado íntegro, y no improvisado.

Frente a la realidad antes descrita, se propone o se sienta unos lineamientos para un sistema jurídico de determinación de la pena que sea funcional, coherente, útil, eficaz y eficiente, sobre todo, práctico y que proporcione mayor seguridad jurídica, que es la suma de certeza y legalidad, jerarquía y publicidad normativa, irretroactividad de lo no favorable e interdicción de la arbitrariedad y que permite promover, en el orden jurídico, la justicia y la igualdad en libertad (Martínez-Pereda, González, Huelin y Martínez, y Gil, 1997, p. 32).

2. Antecedentes al Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena

2.1 En el Código Penal de 1863

Antes de tratar este extremo (subapartado) del presente apartado es necesario precisar, que en la misma se va tratar –valga la redundancia–, los antecedentes que existen en los códigos penales que estuvieron vigentes hasta la puesta en vigencia del Código Penal de 1991, referido a la normatividad de determinación judicial de la pena, establecido en este último Código Penal, pero antes de la modificatoria de la mencionada normatividad, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013. Realizado esta precisión, se puede señalar, que la parte artística o la “aritmética penal” del Código Penal peruano de 1863 [determinación judicial de la pena] es un tanto complejo debido a que las normas jurídicas que regulan la aplicación de la pena establecen grados, términos, y escalas aplicables a las penas, así como, los artículos de este Código remiten a su vez a otros articulados del mismo Código; así, el artículo 41°

[De la Aplicación de las Penas, en General]⁽⁴⁴⁰⁾ remite al órgano jurisdiccional, principalmente, a los artículos 32º, 33º y 34º del mencionado Código Penal, con la finalidad de determinar la pena en el caso concreto; observándose, que las penas están divididas en grados, y estos en términos, así como en escalas (cinco) aplicables a las penas (Iñesta, 2005, p. 1079; García, 2015, pp. 7-8).⁽⁴⁴¹⁾

La regulación de los institutos jurídico-penales en este Código Penal, particularmente en cuanto se refiere a la aplicación de la pena, fue de manera compleja y enmarañada, tal fue así, que el órgano jurisdiccional –de ese entonces–, en el momento de la determinación de la pena, se encontraba con dificultades, era un verdadero autómatas que aplicaba lo que se señalaba en la tabla de sanciones “como el comerciante cobra rigurosamente la tabla oficial de pesos y medidas” (García, 2015, p. 8).⁽⁴⁴²⁾ Esto, se debió a la fuerte

(440) Resulta importante señalar, *prima facie*, que este Código rigió (formalmente) desde el 1 de enero de 1861, tal como lo prescribía el artículo 417º del Código Penal de 1924 [Disposiciones finales] (Véase Cámara de Diputados del Perú, 1950, p. 470); sin embargo, esto no se dio. Por otro lado, superado esta cuestión, se debe precisar, que en la Sección Quinta del Libro Primero [De la Aplicación de las Penas], está el artículo 41º del mencionado Código de 1863, que señala lo siguiente: “Para la aplicación de las penas se consideran como una serie los grados y términos en que cada una de ellas está dividida” (Código Penal del Perú, 1863, art. 41º). En los demás articulados del mencionado Código se establecen las circunstancias agravantes y atenuantes y los grados de aumento o disminución de la pena, así como las penas que se aplican de acuerdo al grado de participación en el hecho delictivo y al grado de consumación del hecho delictivo (desvalor de la acción y del resultado).

(441) En la Sección Cuarta del Libro Primero, Título II: De los Grados y Términos en que se Dividen las Penas, en el artículo 32º se señala: “La pena de penitenciaría se divide en cuatro grados; y las de expatriación, inhabilitación, cárcel, reclusión, confinamiento, suspensión de derechos y arresto mayor o menor, en cinco” (Código Penal del Perú, 1863, art. 32º), en el artículo 33º se señala: “Cada grado consta de tres términos: máximo, medio y mínimo” (Código Penal del Perú, 1863, art. 33º), y en el artículo 34º se señala las cinco escalas penales [para cada clase de penas, se establecen los grados de pena, en meses y años].

(442) Una muestra es el siguiente artículo del Código Penal de 1863:

influencia del Código Penal español de 1848-50 (Iñesta, 2005, p. 1077),⁽⁴⁴³⁾ que se dio dentro de un contexto del movimiento codificador que se sucedía en Europa, el avance incesante del Positivismo jurídico, y el deseo de controlar los excesos del órgano aplicador de las normas jurídico-penales;⁽⁴⁴⁴⁾ asimismo, a la ausencia de estudios de la realidad de los conflictos sociales que sucedían en ese entonces.

El legislador de este Código no se preocupó de realizar estudios previos con la finalidad de generar una normatividad adecuada a esa realidad, al contrario solo se limitó a copiar normas jurídicas extranjeras.⁽⁴⁴⁵⁾

Ahora bien, este enmarañado de normas jurídicas [referidos a la pena y su aplicación] se ve un tanto simplificado en el Código Penal de 1924 (“Código Maúrtua”), no por ello dejó de ser inoperativa.

Cuando la ley agrava la pena en un grado, se aplica el grado superior en el mismo término en que está la pena agravada: cuando disminuye la pena en un grado, se aplica igualmente el grado inferior en el término correlativo mínimo, medio o máximo. Cuando la atenuación o agravación es de un término, se aplica el anterior o posterior. (Código Penal del Perú, 1863, art. 43°).

(443) El sistema de sanciones (penas) del Código Penal de 1863, relacionado a la determinación legal de la pena, era bastante rígido, carecía de elasticidad y alternabilidad, a diferencia del Código Penal de 1924 (García, 2015, p. 7).

(444) Este Código acoge (literalmente) los articulados y la sistemática del Código Penal español de 1848-50, y esto explica la forma compleja del cómo está regulado la determinación judicial de la pena y la “preocupación por buscar la proporcionalidad entre el delito y la pena” y para “controlar el arbitrio judicial” en la determinación de la pena (Iñesta, 2005, p. 1079). Así se observa su sistemática, Sección Cuarta del Libro Primero, De las Penas, Título I: De las Penas y su Duración [graves y leves], Título II: De los Grados y Términos en que se Dividen las Penas [primer, segundo, tercer, cuarto y quinto grados]. El Código Penal español de 1848-50, modelo seguido por el legislador peruano, fue imitación del Código brasileño de 1830, “copia a su vez del Código napolitano, como este lo era del francés de 1810.” (Hurtado, 2005, p. 103)

(445) Realizando o no una innovación *pull* (adaptación el texto jurídico extranjero al sistema jurídico peruano), desde la perspectiva del Derecho Informático. Es criterio personal del investigador, que es mejor una innovación *push* (implica crear una norma jurídica nueva).

2.2 En el Código Penal de 1924

El enmarañado de normas jurídicas referido a la aplicación de la pena del Código de 1863 (de gran influencia del Código Penal español de 1848) se vio un tanto simplificado, no tanto por su desvinculación del Código Penal español de 1848, aunque no totalmente –se mantenía su influencia en la Parte Especial del Código Maúrtua (Iñesta, 2005, p. 1084)) –, y la influencia del movimiento de reforma de los códigos penales (en Europa y Latinoamérica)⁽⁴⁴⁶⁾ sino, a cierto grado de interés por estudiar la realidad de los conflictos nacionales, aunque con descuido de la pluriculturalidad peruana (Hurtado, 2005, p. 104) y al desarrollo alcanzado por el Derecho Penal humanista y liberal.

En este Código Penal de 1924, las pautas o criterios de determinación judicial de la pena, se encuentran establecidos, principalmente, en los artículos 50º y 51º,⁽⁴⁴⁷⁾

(446) Este Código fue influido por el proyecto de Código Penal suizo de 1915-16, el proyecto de Código Penal italiano de 1889 y 1921, sobre todo “el proyecto de Código Penal suizo de 1917” (Iñesta, 2005, p. 1084), el Código Penal argentino de 1921 y el proyecto de Código Penal brasileño de 1830.

(447) Estos artículos mencionados prescriben, respectivamente, lo siguiente:

Los jueces aplicarán la pena adoptando el máximun ó [Sic] el mínimun señalado por la ley para el delito ó [Sic] imponiendo entre los dos extremos la medida que creyeren necesaria. Deberán expresar en la sentencia los motivos que aconsejen la medida que hubieren adoptado (art. 50º). (Código Penal, 1924, p. 16).

Para la aplicación de la pena los jueces apreciarán la culpabilidad y el peligro del agente, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias, en cuanto la ley no las considere especialmente como constitutivas ó [Sic] modificadoras del delito:

1º.- La naturaleza de la acción; el tiempo en que se perpetró y el que hubiere transcurrido desde entonces; el lugar, los instrumentos y los medios en que se hubiere

resaltando su carácter genérico, no se conoce cuáles de dichas circunstancias actúan como agravantes y cuáles como atenuantes y en qué medida agravan o atenúan, resultando un serio problema para el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena.⁽⁴⁴⁸⁾

El Código Penal de 1924, en general las leyes penales, no establecen para cada delito una pena fija, es decir, una pena que se debe aplicar siempre al concreto delito en la misma calidad y cantidad, sino que dejan un cierto margen entre un límite mínimo y límite máximo (Bramont, 1966, p. 119).⁽⁴⁴⁹⁾

La determinación judicial de la pena, se deja a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional, quien lo ejerce de dos maneras: elección de la clase de pena y

hecho uso; la preparación tranquila ó [Sic] la perpetración ocasional; el modo de ejecución y las circunstancias en que ésta se hubiere efectuado; la unidad ó [Sic] la pluralidad de agentes; el número y la importancia ó [Sic] especialidad de los deberes infringidos; la dificultad que hubiere para prevenirse contra el hecho punible; y la extensión del daño y del peligro causados;

2º.- La edad, la educación, la vida personal, familiar y social del sujeto anterior y posterior al delito, su situación económica, sus precedentes judiciales y penales, la calidad de los móviles honorables ó [Sic] excusables ó [Sic] innobles ó [Sic] fútiles que lo determinaron á [Sic] delinquir, las emociones que lo hubieran agitado, su participación mayor ó [Sic] menor en el delito, la reparación espontánea que hubiere hecho del daño, ó [Sic] la confesión sincera antes de haber sido descubierto, y los demás antecedentes, condiciones personales y circunstancias que conduzcan al conocimiento de su carácter (art. 51º). (Código Penal, 1924, pp. 16-17). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(448) Problema que se mantiene hasta la vigencia de los artículos 45º y 46º del Código Penal de 1991.

(449) Así por ejemplo, se señalan penas que oscilan entre 2 a 10 años de penitenciaría; asimismo, prevé penas alternas para un mismo delito (por ejemplo: será reprimido con prisión de seis a un año, o con la multa de mil a diez mil soles oro). (Véase Bramont, 1966, p. 119)

determinación de la medida de la pena.⁽⁴⁵⁰⁾ Esta última es similar a lo que realizaría el órgano jurisdiccional, en cuanto a la forma y modo se refiere, con el Código Penal de 1991 (antes de su modificatoria mediante Ley N° 30076).

Como se observa, la normatividad de este Código Penal concede un amplio margen al órgano jurisdiccional en la determinación de la pena, en el caso concreto,⁽⁴⁵¹⁾ y deberá tomar en consideración especialmente aquellos criterios

(450) En cuanto al primer momento se refiere; el órgano jurisdiccional, en caso de penas alternativas, puede escoger entre una u otra pena (penitenciaría o prisión, prisión o multa), pero cuando se trata de dos penas principales que sancionan un delito, en forma conjunta, ahí, sí está obligado a imponer ambas penas; y en cuanto al segundo momento, esto es, la graduación judicial de la pena, el órgano jurisdiccional determina la pena concreta, con el más amplio poder discrecional, en base a criterios taxativamente prescritos en el Código Penal de 1924 como, la personalidad del delincuente, el medio en que ha vivido, las circunstancias en que el delito se cometió, entre otros. Pero, para la determinación de la pena concreta, el órgano jurisdiccional tenía que definir también la pena abstracta (conminada o pena básica), pues el legislador penal de este Código no siempre definía, para el tipo penal en el delito respectivo, el extremo mínimo y el extremo máximo a la vez, sino un solo extremo. De manera que, se hacía evidente el amplio poder discrecional del órgano jurisdiccional bajo este Código Penal (Bramont, 1966, pp. 118-119). A propósito, aquí es conveniente precisar que la frase “amplio poder discrecional”, sin embargo, no debe ser entendido como discrecionalidad sin límites (absoluta), sino que como lo señala la autora Isabel Lifante (2002), la discrecionalidad entendida como cierto margen de libertad en la toma de decisiones, no significa que ante la ausencia de ciertos estándares jurídicos que guíen la decisión el órgano jurisdiccional sea completamente libre, sino que dicha *libertad* es “relativa” a un determinado sistema, en este caso, el sistema jurídico, pero que el órgano puede estar vinculado por otro tipo de estándares, por ejemplo, de racionalidad práctica. (p.15)

(451) Así se señalaba en la doctrina de entonces, teniendo como tópico el proyecto de Código Penal de 1924: De conformidad con los artículos 50 y 51°, los jueces pueden aplicar las penas sin atenerse, como es el sistema actual [Código de 1924], a la mecánica de las circunstancias atenuantes y agravantes taxativamente indicados. El juez, en el momento de concretizar la pena, tiene arbitrio para escoger en el amplio margen existente entre el máximo y el mínimo de la determinación legal de la pena para cada delito. El juez,

referidos a la peligrosidad del delincuente (Figuerola, 1980, p. 40); es decir, se ponía “mayor énfasis en el aspecto subjetivo de la acción y del delincuente, producto de las corrientes doctrinarias que aspiraban a humanizar cada vez más el Derecho Penal.” (García, 2015, p. 7)⁽⁴⁵²⁾

2.3 En el Código Penal de 1991

Este extremo (subapartado) del presente apartado es breve, toda vez que la presente tesis trata sobre la determinación judicial de la pena bajo la normatividad del Código Penal de 1991 antes de su modificatoria, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto del 2013; ya que, a los casos (sentencias) que se analizaron se aplicó dicha normatividad.

La modificatoria introducida, mediante Ley mencionada en el párrafo precedente, al Código Penal vigente, no necesariamente significa que la normatividad que regula el instituto de la determinación judicial de la pena, haya cambiado (en su totalidad), sino tan solo se incrementó el número de criterios o factores de graduación de la pena, así como se le ha dado mayor sistematicidad, en los demás todo sigue igual, asemejándose un tanto al regulado en el Código Penal de 1924. Así, en el artículo 45° se señalan pautas o criterios en forma genérica (p. ej., las carencias sociales que hubiere sufrido el agente), que pueden ser interpretadas de diversas maneras de

entonces, establecerá la pena tomando en consideración todas las circunstancias personales y objetivas del caso que sirvan para apreciar la culpa y la peligrosidad del delincuente. (Espino, 1982, p. 21; 1947, p. 26)

(452) Este Código fue fuertemente influido, al igual de los otros códigos latinoamericanos, por las ideas del positivismo criminológico italiano (*V.gr.*, Lombroso y Ferri y la idea del hombre delincuente). (Véase a Hernán Figuerola, 1980, p. 50). Un ejemplo de lo que se señalaba en la jurisprudencia de aquellos años, dice así: “(...) no es la materialidad del acto delictuoso, la que debe servir de base para la imposición de la pena, sino la peligrosidad del acusado. (...)” (Espino, 1982, p. 70).

acuerdo al fin o fines de la pena, que el órgano jurisdiccional le asigne en el caso concreto, esto es, pueden coadyuvar a incrementar o disminuir la pena; asimismo, en el artículo 46° del mencionado Código se señalan criterios (reglas) de carácter genérico, y hasta ambiguos (p. ej., las circunstancias personales), que pueden generar problemas al órgano jurisdiccional en el momento de graduar la pena dentro del marco penal, establecido por el legislador peruano, en el caso concreto.⁽⁴⁵³⁾ Siendo por consiguiente, su urgente modificación o reforma por un sistema jurídico de determinación judicial de la pena más acorde a la realidad peruana.⁽⁴⁵⁴⁾

3. La Determinación Judicial de la Pena en el Código Procesal Penal de 2004

El Código Procesal Penal de 2004,⁽⁴⁵⁵⁾ que acoge un modelo de proceso penal acusatorio y adversarial, ha previsto a la determinación judicial de la pena, y esto es positivo,^{(456).(457)} aunque no en forma suficiente, comparando con el sistema jurídico

(453) Así, no se conoce cuáles de los factores señalados en dicho artículo actúan como circunstancias agravantes y cuáles como circunstancias atenuantes y en qué medida agravan o atenúan la pena en el caso concreto.

(454) Con lo tratado en este apartado de la presente tesis, no es que se pretende hacer una genealogía respecto a la regulación del sistema jurídico de determinación judicial de la pena, sino tan solo sentar algunas bases, con la finalidad de comprender y tener una idea clara respecto a este tema.

(455) Razón del porqué se está tratando la determinación judicial de la pena en este Código Procesal, es su estudio sistemático, y ello implica, hacer un breve estudio de la normatividad vigente que la contiene. No obstante ello, conviene precisar, que la normatividad relacionado al tema en cuestión de este Código Procesal, no se aplican aún (en su totalidad) en el Distrito Judicial (de Lima), en que se ubica la muestra, objeto de estudio de la presente tesis.

(456) Positivo, porque el Código Procesal Penal de 1991, no hace referencia alguna a la determinación judicial de la pena y el Código de Procedimientos Penales de 1940, solo hace referencia prístina en el artículo 282°, cuando señala en caso que exista

colombiano, que unifica ficta y complementariamente su sistema jurídico de determinación judicial de la pena, previsto en el Código Penal de 2000 (artículos 60° y 61°) al Código de Procedimiento Penal del mismo año (artículos 410° al 412°).⁽⁴⁵⁸⁾ Esto se afirma, porque se considera, sin riesgo de equivocarse, que no existen suficientes normas jurídicas para la graduación judicial de la pena, las que existen son demasiado genéricas y no son precisas, además de ser asistemáticas, y solo el legislador penal peruano conoce la razón de esto.

La normatividad del Código Procesal Penal de 2004 que hace referencia de manera directa a la determinación judicial de la pena, se ubica en el Título VI [La Deliberación y la Sentencia], específicamente en los artículos 392°, 393° y 397°; así, el primer artículo mencionado, inciso 4), hace referencia a la aplicación de la pena intermedia, cuando no exista uniformidad en las decisiones del órgano jurisdiccional en el momento de la deliberación; es decir, se aplicará el término medio de la pena (pena intermedia y no la pena promedio);⁽⁴⁵⁹⁾ el segundo artículo mencionado (artículo 393°), inciso 3) literales c)

disconformidad entre los tres miembros del tribunal respecto de la pena; y si es que persiste la referida disconformidad en esta segunda votación, se impondrá la pena intermedia. (Véase el art. 282° del C. de PP.).

(457) El Código Procesal Penal de 2004 exige, que la determinación judicial de la pena no se agota en el principio de culpabilidad, ya que no solo es preciso que [se] pueda culpar al autor del hecho que es objeto de represión penal, sino que además, la gravedad de la pena debe estar determinada por la trascendencia social de los hechos que con ella se reprime, de allí que resulte imprescindible la valoración de la nocividad social del ataque al bien jurídico (Cáceres & Iparraguirre, 2005, p. 452).

(458) Para los autores José Hurtado y Víctor Prado (2011), el legislador peruano del Código Procesal Penal de 2004 ha diseñado la determinación judicial de la pena en forma restrictivo y lacónico, al regular los contenidos y formas de construcción de una sentencia condenatoria. Igual estilo también lo tuvo el Código de Procedimientos Penales de 1940 (pp. 343-344).

(459) Así prescribe el inciso 4) del artículo 392° [Deliberación] del Código Procesal Penal de 2004:

y e), aluden respectivamente a las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal del acusado y a un criterio en concreto de determinación judicial de la pena, como es el grado de participación en el hecho; y la individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad.⁽⁴⁶⁰⁾ Todas estas cuestiones el órgano jurisdiccional las deberá tomar en consideración al momento de deliberar y emitir sus respectivos votos (proyectos de sentencia).⁽⁴⁶¹⁾ Y, por último, el artículo 397° inciso 3) del mencionado Código Procesal, alude a que el órgano jurisdiccional no podrá aplicar la pena más grave

“Las decisiones se adoptan por mayoría. Si esta no se produce en relación con los montos de la pena y la reparación civil, se aplicará el término medio. Para imponer la pena de cadena perpetua se requerirá decisión unánime.” (Nuevo Código Procesal Penal, 2015, inc. 4) art. 392° CPP 2004). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(460) Aquí como se evidencia, no se señala (de manera expresa) aún cuál es la metodología a emplear en la graduación judicial de la pena en el caso concreto, situación que sería saludable (positivo); a propósito, la metodología deberá estar más allá de la mera regulación de las etapas o fases de determinación de la pena. Por otro lado, en este extremo no se va a discutir si es posible que concurra o no una pena y una medida de seguridad o que ésta sustituya a la primera (la pena), según la normatividad peruana. No obstante ello, el Tribunal Constitucional peruano precisó que: “el legislador puede configurar para determinado delito una reacción penal que se exprese a través de más de una manifestación, estableciéndose, por ejemplo, además de la pena privativa de libertad, la de inhabilitación o la de multa.” (Exp. N° 003-2005-PI/TC, 2006). Se recalca, no es objeto aquí, entrar a discutir al respecto.

(461) Así prescribe el inciso 3) del artículo 393° [normas para la deliberación y votación] del Código Procesal Penal de 2004:

3. La deliberación y votación se referirá a las siguientes cuestiones:

[...];

c) Las relativas a la responsabilidad de los acusados, *las circunstancias modificatorias de la misma y su grado de participación en el hecho;*

[...];

e) *La individualización de la pena aplicable y, de ser el caso, de la medida de seguridad que la sustituya o concurra con ella.* (Nuevo Código Procesal Penal, 2015, inc. 3) literales. c) y e) art. 393° CPP 2004). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

que la requerida por el fiscal (penal), como regla general, pero existe una excepción, cuando la pena requerida por el fiscal es por debajo del mínimo legal (V.gr., por confesión sincera), y esta no está debidamente justificada o carece de justificación (razonable), entonces el órgano jurisdiccional podrá aplicar una pena distinta a la requerida por el fiscal, pudiendo ser esta, grave.⁽⁴⁶²⁾

Una cuestión interesante que merece resaltarse es que el legislador peruano del mencionado Código Procesal trató de relacionar, por primera vez y en forma expresa, la sentencia penal (condenatoria) y la determinación judicial de la pena, y esta relación puede ser aún más precisa, por no decir más cercana o profunda, realizando modificaciones a la normatividad del mencionado Código Procesal, en el extremo correspondiente, pero eso sí, con una verdadera y adecuada política criminal peruana y no con una política criminal improvisada.⁽⁴⁶³⁾

(462) Así prescribe el inciso 3 del artículo 397° [correlación entre acusación y sentencia] del Código Procesal Penal de 2004: “*El Juez Penal no podrá aplicar pena más grave que la requerida por el Fiscal, salvo que se solicite una por debajo del mínimo legal sin causa justificada de atenuación.*” (Nuevo Código Procesal Penal, 2015, inc. 3 art. 397° CPP 2004). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(463) Sería conveniente que el legislador penal establezca de manera expresa, en el artículo 393° [normas para la deliberación y votación], inciso 3) Código Procesal Penal de 2004, y por qué no, en el Código de Procedimiento Penal, “la metodología aplicable en la determinación de la pena o de la medida de seguridad, según sea el caso”; asimismo, en el artículo 394° en el inciso 3) se debe introducir, una característica (adjetivo) más de la motivación, esto es, la motivación también tiene que ser razonable (“La motivación clara, lógica, completa y razonable...”); y en el artículo 399° [sentencia condenatoria] se debe introducir un inciso más, estableciendo en el inciso primero, “la motivación expresa de las circunstancias referidas al hecho delictivo en sentido amplio y a la personalidad del procesado o de los factores o elementos configuradores de la culpabilidad o del injusto penal”; los incisos siguientes serían los que se establecen en dicho artículo. Estas medidas de política criminal no buscan obstaculizar la eficiencia y eficacia del modelo proceso penal acusatorio por ser “formalista”, sino todo lo contrario, se busca no solo ser más célere, sino inspirar concretamente seguridad jurídica (Yaipen, 2011), y de esta manera se

4. La Determinación Judicial de la Pena Modificada (*Excurso* Ley N° 30076)

4.1 La Introducción del Sistema o Modelo de Tercios

La Ley N° 30076 que modifica al Código Penal de 1991 y otros Códigos, fue promulgada el 18 de agosto de 2013 y publicada el 19 de agosto de 2013, en “El Peruano” (Normas Legales), y entre los artículos modificados –valga la redundancia–, están los artículos 45° y 46° del mencionado Código Penal; y no solo esto sino, incorpora el artículo 45-A al mencionado Código, que observando, en forma sistemática estos articulados, cambia prácticamente el esquema *lato sensu* tradicional vigente, desde la puesta en vigencia del mencionado Código Penal. Es así que, ahora, se prevé un nuevo sistema o modelo de determinación judicial de la pena en el Código Penal de 1991, a la que se le denominará (en adelante) “sistema, ley o modelo de tercios” (véase más adelante del presente subapartado del presente capítulo, la precisión exacta de esta denominación). Este sistema o modelo de tercios es novedoso, toda vez que no se preveía en ninguno de los códigos penales derogados (la de 1863 y 1924), pero sí en el Anteproyecto del Código Penal 2009, específicamente en el artículo 44° (véase “Anteproyecto del Código Penal”, 2011, pp. 140-141).⁽⁴⁶⁴⁾

trata de consolidar o cimentar la justicia penal y no cualquier justicia penal, sino la democrática, propia de un Estado Constitucional de Derecho. Otros en cambio, proponen la regulación expresa de la estructura de la sentencia penal condenatoria, siendo la siguiente estructura: Encabezamiento; Parte Expositiva; Parte Considerativa, De la Motivación y Fundamentación de las Circunstancias Configuradores de la Culpabilidad o del Injusto Penal, Del Procedimiento de la Determinación Judicial de la Pena; y Parte Resolutiva o Fallo.

(464) Hubiera sido conveniente introducir la normatividad establecida en este Anteproyecto del Código Penal (arts. 43°, 44°, 45, 46° y 47°), claro con ciertas modificaciones a estos artículos y otros artículos relacionados –directa o indirectamente– al sistema de penas (por ejemplo, se

La introducción del nuevo sistema o modelo de determinación judicial de la pena al Código Penal de 1991, en general al sistema de administración de justicia penal, se debe principalmente a la ausencia de suficiente normatividad que permita operativizar, funcionalmente, el esquema *stristu sensu* de determinación judicial de la pena, con la finalidad de que el órgano jurisdiccional penal gradué la pena adecuadamente en el caso concreto; ya que, en la praxis judicial el justiciable y la sociedad, en general, observaban que existían fallos o sentencias (condenatorias) cuyas penas eran mayormente ínfimas, la misma que la hacía imprevisible,⁽⁴⁶⁵⁾ no bastando los Acuerdos Plenarios emitidos por la Corte Suprema de Justicia de la República (*V.gr.*, Acuerdo Plenario N° 1-2008 del 18 de julio de 2008), que son auténticas reglas de carácter obligatorio (Atienza & Ruiz Manero, 1996, pp. 1-25; Guastini, 2010, pp. 50-62; Dworkin, 2007, pp. 61-80) y no meramente doctrina legal.⁽⁴⁶⁶⁾

El nuevo sistema o modelo de determinación judicial de la pena, denominado “sistema o ley de tercios”, consiste *lato sensu*, en regular el procedimiento de determinación judicial de la pena, señalando las fases o etapas de la misma (determinación básica o abstracta de la pena y determinación concreta de la pena, y la verificación de la

tendría que eliminar la directriz (político) posición preeminente que ocupe en la sociedad el agente). Y no en unos numerales o incisos de un solo artículo (*V.gr.*, art. 46° de este Anteproyecto del CP 2009), claro que esto no coadyuvará a una manifiesta y razonable graduación judicial de la pena en el caso concreto, pero de todas maneras contribuiría a la sistemática de la normatividad de la determinación de la pena y orientación al órgano jurisdiccional, en general al operador jurídico-penal. (Véase “Anteproyecto del Código Penal”, 2011, pp. 140-144)

(465) Asimismo, este sistema de tercios busca dar una mayor predictibilidad a las sentencias penales condenatorias, con la finalidad que el justiciable ejerza, de alguna manera, un mayor control sobre la pena impuesta al procesado, y consiguientemente se genere cierta legitimidad de la pena impuesta. (Véase el Proyecto de Ley N° 1095/2011-CR, 2012.)

(466) En este extremo se mencionaba, antes de la reformulación [del proyecto] de la tesis, lo siguiente: *Sic* “no son propiamente normas jurídicas interpretativas, sino solo doctrina legal.”

conurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad penal), se fijan reglas para la misma, con la finalidad de dar una mayor predictibilidad a las sentencias penales condenatorias, en cuanto a la pena se refiere; y *sensu strictu*, consiste en dividir el espacio punitivo (pena conminada del respectivo delito⁽⁴⁶⁷⁾) en tres (tercio inferior, tercio intermedio, tercio superior), con la finalidad que el órgano jurisdiccional gradúe la pena, en el caso concreto, en cualquiera de los tres espacios divididos, dependiendo de ciertos supuestos, como la concurrencia de circunstancias (agravantes y atenuantes), y colateralmente graduará la pena tomando como tópico el modelo de tercios, cuando se presentan determinados supuestos, como la concurrencia de circunstancias calificadas o privilegiadas.⁽⁴⁶⁸⁾

Desde la perspectiva de este nuevo modelo de determinación (judicial) de la pena, el órgano jurisdiccional graduará la pena tomando en consideración las pautas, criterios y circunstancias concurrentes en el caso concreto, y ubicará la pena dentro del espacio de la pena conminada (límite mínimo y máximo) del respectivo delito, e incluso por encima del tercio superior o del máximo legal (cuando existe en el caso

(467) El legislador penal peruano ha fijado para cada delito un extremo mínimo y un extremo máximo de pena, sea que estos extremos estén previstos en la Parte Especial del Código Penal (pena conminada), lo que es usual, o que uno de estos extremos se obtiene producto de la interpretación sistemática del artículo 29º del mencionado Código Penal (en su Parte General), para así determinar (en abstracto) la pena básica del delito correspondiente.

(468) Adicionalmente conviene señalar, lo siguiente: este modelo al igual que el anterior (antes de la entrada en vigencia de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), permite al órgano jurisdiccional graduar la pena dentro su facultad discrecional (dentro de esta podrá recurrir a las reglas de la experiencia o criterios epistémicos y a la argumentación jurídica), que a propósito es una característica primordial en este proceso; claro, siempre respetando el marco penal fijado por el legislador peruano. Se trata de una discrecionalidad relativa (parametrada-reglada) muy importante en el proceso de determinación judicial de la pena (Percy Velásquez (2009b), quien parafrasea a Ziffer; Boix-Reig, 1992, pp. 184-185). Por otro lado, estos esquemas *lato sensu* o modelos, el tradicional y el nuevo, de determinación judicial de la pena, no permiten penas tasadas.

concreto, determinadas circunstancias agravantes cualificadas como, por ejemplo, la reincidencia o habitualidad) o por debajo del tercio inferior o del mínimo legal (cuando existe en el caso concreto determinadas circunstancias atenuantes privilegiadas como, por ejemplo, la confesión sincera del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales). La regla es que el órgano jurisdiccional debe graduar la pena dentro del tercio respectivo del marco penal fijado por el legislador peruano.

El sistema o modelo de tercios no es estricto, tal como se puede colegir del párrafo precedente, toda vez que permite al órgano jurisdiccional graduar la pena por debajo del tercio inferior o del mínimo legal (*V.gr.*, la confesión sincera del artículo 161° del Código Procesal Penal de 2004) o por encima del tercio superior o del máximo legal (*V.gr.*, la reincidencia o habitualidad). Pero esto no significa que el marco penal, que constituye el ámbito de movilidad del órgano jurisdiccional en la graduación de la pena en el caso concreto, no tenga límites; sí, las tiene y fue establecido, en el Código Penal, por el legislador (peruano).

Con la Ley N° 30076 se incorpora al Código Penal vigente, una serie de criterios, pautas y circunstancias de determinación judicial de la pena del todo asistemáticas e incluso repetitivas (sea porque está en la misma Parte General del Código Penal o en su Parte Especial, en el respectivo delito), y que fueron transcritas de un sistema jurídico-penal extranjero (p. ej., del Código Penal de 2000 colombiano) y que no se realizó, de manera previa, un estudio sistemático de estos criterios, pautas, y circunstancias en dicho sistema jurídico.⁽⁴⁶⁹⁾

(469) A propósito, estos criterios, pautas y circunstancias de determinación de la pena estaban regulados de manera independiente en determinados articulados del Anteproyecto de Reforma del Código Penal 2009; así, por ejemplo, las circunstancias atenuantes genéricas estaban reguladas en el artículo 45° del mencionado Anteproyecto, de igual manera, las circunstancias agravantes genéricas en el artículo 46° y en el artículo 47°, se regulaban tanto

Ahora bien, la introducción del modelo de tercios al sistema de administración de justicia penal con su puesta en vigencia, debió estar acompañada de una adecuada regulación de criterios, pautas, y circunstancias de determinación de la pena; es decir, debió ser sistemática, con la finalidad que el órgano jurisdiccional no se encuentre con dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena y la operativización de este modelo de tercios.⁽⁴⁷⁰⁾

De manera que la introducción del modelo de tercios, las pautas, reglas, los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena, se considera que fue improvisada por parte del legislador peruano, así como no se conoce, qué se espera de este nuevo sistema. El legislador peruano pudo introducir al sistema de administración de justicia penal, el sistema de cuartos, que estaba previsto en el Anteproyecto de la Parte General de Código Penal 2004, no se conoce del porqué no lo hizo aunque se afirma, que no lo hizo por desconocimiento de los operadores jurídicos penales (*V.gr.*, los abogados) y por ser un tanto complejo [se tenía un espacio punitivo más respecto del modelo de tercios]. (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 219 et seq.)

Sin embargo, la puesta en vigencia del sistema o modelo de tercios de determinación judicial de la pena, no necesariamente agota, por ser nueva, la

las circunstancias privilegiadas como las circunstancias agravantes cualificadas; en esta norma se definen cuáles son los efectos punitivos que tales circunstancias generan. Un ejemplo de circunstancia atenuante privilegiada es la afectación leve del bien jurídico y uno de circunstancia agravante cualificada es la calidad de funcionario del agente. La habitualidad no se le consideraba como circunstancia agravante cualificada ni como circunstancia alguna. (Prado, 2011, pp. 132-136)

(470) El autor Alonso Peña (2015) señala que, con el sistema de tercios se “pretende solucionar los graves problemas que suscitaba en la justicia penal un proceso de determinación e individualización de la pena desprovisto de una sesuda valoración.” (p. 124)

necesidad de un nuevo paradigma de determinación judicial de la pena.⁽⁴⁷¹⁾

4.2 Sistemas Legislativos que Influyeron en la Modificación del Esquema de Determinación Judicial de la Pena Vigente

En este subapartado (sección) del presente apartado se tratará los sistemas legislativos extranjeros que influyeron, de manera indirecta, en la modificación realizada del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena previsto en el Código Penal de 1991 y que, a su vez, fue modificado mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013. Realizado esta precisión, se puede señalar que el sistema o modelo de tercios introducido, mediante la mencionada Ley, al Código Penal de 1991, carece de genuinos antecedentes en la legislación y doctrina (penal) comparados, por lo que sería – y es– único; sin embargo, esto no significa que el legislador peruano, sea un genio o algo similar o que hizo una innovación *push*,⁽⁴⁷²⁾ sino que se vio en la necesidad de realizar ello, toda vez que los fallos (sentencias condenatorias) generaban desconfianza en el justiciable, en general en el ciudadano, siendo impredecible dichos fallos. (Véase Proyecto de Ley N° 1095/2011-CR, 2012, pp. 11-12)

Más bien lo que sí, se observa en la mencionada Ley (en el párrafo precedente) es la influencia que recibió en cuanto a la forma y técnica legislativa se refiere es del Código Penal colombiano de 2000, aprobado mediante Ley N° 599 del 24 de julio de

(471) El término *paradigma* ha de entenderse en el sentido de Thomas Kuhn, esto es, como “realizaciones científicas universalmente reconocidas que, durante cierto tiempo, proporcionan modelos y soluciones a una comunidad científica”, que abarca a una serie de factores de desarrollo científico que incluye o supone, de alguna manera, teorías y leyes, normas, modelos y métodos (Véase Kuhn, 2004, p. 13 et seq.).

(472) Lo que en términos del Derecho Informático significa, una innovación tecnológica, esto es, una creación nueva.

2000, y el Código Penal español de 1995, aprobado mediante Ley Orgánica 10/1995 del 23 de noviembre. Esta influencia se observa, principalmente; en el primer Código Penal mencionado, en los artículos 55°, 58°, 59°, 60° y 61°; y en el Código Penal español, en el artículo 66°.

Antes de pasar a tratar (desarrollar explicativamente) la influencia del sistema legislativo colombiano, esto es, el Código Penal colombiano de 2000, en el esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena previsto en el Código Penal de 1991, resulta conveniente señalar que el legislador colombiano trata de criterios y reglas para la determinación de la punibilidad, y ello no necesariamente debe entenderse referido a la pena, sino a la sanción penal en general [recordemos que la punibilidad es una de las categorías del delito, referido a la aplicación efectiva de una determinada pena]; asimismo, de delitos y contravenciones (y no a faltas como, el Código Penal peruano). Realizado esta precisión, se puede señalar que la influencia recibida (de manera meridiana) del Código Penal colombiano de 2000, en cuanto a la forma y técnica legislativa (observable en este Código) se refiere, consistió en que el legislador peruano ha adoptado las reglas de determinación judicial de la pena, establecidas en el artículo 61° (párrafo primero) del Código Penal colombiano, que en realidad son supuestos de hecho (*Vide infra*, apartado 5 de la presente tesis), y que regula el ámbito de movilidad del órgano jurisdiccional colombiano dentro del sistema de cuartos (cuarto mínimo, cuartos medios y cuarto máximo), ante la concurrencia o no de determinadas circunstancias (agravantes y/o atenuantes); y, claro, que el legislador peruano no trata del sistema de cuartos, al menos en el Código Penal de 1991, sino de otro sistema o modelo que divide el espacio punitivo (ámbito de movilidad del órgano jurisdiccional en la determinación de la pena), en tres espacios (tercio inferior, tercio intermedio y tercio superior), esto es, el sistema de tercios, donde se aplica las reglas adaptadas,

claro, también ante la concurrencia o no de determinadas circunstancias (agravantes y/o atenuantes). Todo esto se observa en el artículo 45-A del Código Penal de 1991, incorporado mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, y no solo en este artículo sino también en otros artículos modificados mediante la mencionada Ley (V.gr., el art. 46° del CP). Además es necesario señalar, que el legislador peruano a transcrito (uno que otro inadecuadamente) los criterios y circunstancias de punibilidad señalados en los artículos 55° y 58° en el mencionado Código colombiano y que, ahora, están establecidos en el modificado artículo 46° del Código peruano, que a propósito, aquí es necesario realizar una observación crítica a la conducta antes descrita del legislador peruano, en sentido de que habría transcrito criterios, pautas, circunstancias y directrices, del Código colombiano, referidos no solo a delitos sino, a contravenciones, de manera que se tiene regulado criterios referidos (circundadamente) a contravenciones en el mencionado artículo del Código peruano, y que el sistema jurídico peruano regula de manera separada.

Antes de pasar a tratar la influencia de otro sistema legislativo en el esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena, ergo en el sistema (tradicional) de este instituto jurídico penal (introducida, mediante Ley N° 30076, al Código Penal de 1991), esto es, del Código Penal español de 1995 –y el Proyecto de Ley 121/000065 de octubre del 2013 que modifica este Código Penal–, resulta conveniente señalar que el legislador español ha regulado, tanto reglas generales como reglas espaciales, para la aplicación de las penas, las mismas que se aplican de manera distinta a los autores y a los partícipes, y ha referido a grados (inferior y superior) de pena que tiene sus propias reglas de aplicación (artículos 70° y 71° del mencionado Código); las reglas establecidas en el artículo 66°, las siete, se aplican independientemente si concurren o no las circunstancias de agravación o de atenuación (cualificadas o no) en el caso concreto, solo a delitos dolosos, atendiendo al número y a la entidad (de las circunstancias), en

caso de concurrencia (véase *supra* el subapartado 8.2 del capítulo I de la presente tesis). Realizado esta precisión, se debe señalar que el legislador peruano ha adoptado la forma de las reglas establecidas en el artículo 66º del Código Penal español, toda vez que el órgano jurisdiccional español determinará la pena con determinadas reglas (7), ante la concurrencia o no de determinadas circunstancias agravantes y/o atenuantes (cualificadas o no), en el caso concreto, y, claro, atendiendo al número y entidad de estas circunstancias concurrentes. Las reglas antes mencionada no se aplican a los delitos culposos sino, a los delitos dolosos [ahora, recientemente, también a los delitos leves, según el Proyecto de Ley 121/000065 de octubre del 2013 que modifica el Código Penal español (Proyecto de Ley Orgánica, 2013)]. El legislador peruano, claro, no se refiere, con la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 que introduce el nuevo sistema de determinación judicial de la pena, a siete reglas que establece el mencionado Código español –y su proyecto de Ley Orgánica que modifica a este Código–, en la determinación judicial de la pena, y de pena inferior o superior en uno o más grados o de número de circunstancias concurrentes; sino, a 3 reglas que se aplican, ante la concurrencia o no de determinadas circunstancias agravantes y/o atenuantes (cualificadas o no), en la determinación judicial de la pena, en cualquiera de los tres espacios punitivos, en los delitos dolosos, además de los culposos y los delitos leves; así como, a los autores y partícipes.

Lo mencionado en el párrafo precedente, pues, constituye evidencia suficiente de que Código Penal español de 1995, sí influyó en la modificación del sistema (tradicional) de determinación [judicial] de la pena previsto en el Código Penal de 1991 y que la misma se puede observar en la Ley N° 30076, que modifica el artículo 46º, entre otros artículos del mencionado Código punitivo; así como, también, de alguna manera, en el esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena previsto en este Código.

5. El Nuevo Esquema de Determinación Judicial de la Pena ¿y su Funcionalización Penal?

Con la regulación del proceso de determinación judicial de la pena (sus etapas), el establecimiento de reglas, parámetros, criterios y circunstancias o directrices de determinación judicial de la pena y la introducción del modelo de tercios al Código Penal de 1991. Supuestos que son observables en la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, que modifica el mencionado Código Penal (entre estos los artículos 45° y 46°, entre otros) y otros Códigos relacionados a este Código; y cabe aquí una interrogante ¿con todos estos supuestos se pretende la funcionalización penal del nuevo esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena?

5.1 Regulación del Proceso de Determinación Judicial de la Pena

El legislador peruano, a través de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, ha incorporado el artículo 45-A al Código Penal de 1991 y en este artículo se regula el proceso dinámico de determinación judicial de la pena, esto es, sus etapas (determinación de la pena básica, determinación judicial de la pena concreta evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes genéricas, y la verificación de las circunstancias concurrentes modificativas de la responsabilidad penal), se establece la división del espacio punitivo en 3 (tercio inferior, tercio intermedio, y tercio superior) y de reglas, para una adecuada graduación o determinación judicial de la pena, en el caso concreto [o *Sentencing*, según la doctrina jurisprudencial del *Common Law*, claro, sin pena tasada].

Así, se señala en el párrafo tercero del mencionado artículo del Código Penal de

1991:

El Juez determina la pena aplicable desarrollando las siguientes etapas:

- 1. Identifica el espacio punitivo de determinación a partir de la pena prevista en la ley para el delito y la divide en tres partes.*
- 2. Determina la pena concreta aplicable al condenado evaluando la concurrencia de circunstancias agravantes o atenuantes observando las siguientes reglas:*
 - a). Cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran únicamente circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina dentro del tercio inferior.*
 - b). Cuando concurran circunstancias de agravación y de atenuación, la pena concreta se determina dentro del tercio intermedio.*
 - c). Cuando concurran únicamente circunstancias agravantes, la pena se determina dentro del tercio superior.*
- 3. Cuando concurran circunstancias atenuantes privilegiadas o agravantes cualificadas, la pena concreta se determina de la siguiente manera:*
 - a) Tratándose de circunstancias atenuantes, la pena concreta se determina por debajo del tercio inferior;*
 - b) Tratándose de circunstancias agravantes, la pena concreta se determina por encima del tercio superior; y*
 - c) En los casos de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, la pena concreta se determina dentro de los límites de la pena básica correspondiente al delito.⁽⁴⁷³⁾ (Art. 45-A, CP, 1991)*

(473) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

El legislador peruano, efectivamente, ha regulado, en el párrafo tercero del precitado artículo, las etapas del proceso de determinación judicial de la pena así como ha establecido determinadas reglas, para ubicar la pena graduarse en el respectivo espacio punitivo (tercio inferior, tercio intermedio, tercio superior o por debajo del primer tercio o por encima de último tercio), y que dependerá de la concurrencia o no de determinadas circunstancias agravantes y/o atenuantes (cualificadas o no). Es decir, el órgano jurisdiccional deberá identificar la pena básica (o legal) establecida por el legislador en el Código Penal o en una ley penal especial (puede ser que uno de los extremos de la pena conminada no esté establecida en el delito respectivo de la Parte Especial del Código Penal, pues el órgano jurisdiccional definirá el extremo ausente recurriendo al artículo 29° de la Parte General del mencionado Código), dividir el espacio punitivo (determinado por el extremo mínimo de la pena conminada y por el extremo máximo de la pena conminada, del delito respectivo) en tres espacios (tercio inferior, tercio medio o intermedio y tercio superior), con la finalidad de determinar la pena concreta a imponerse al procesado, pero para ello, deberá evaluar la concurrencia o no de determinadas circunstancias⁽⁴⁷⁴⁾ agravantes y/o atenuantes (cualificadas o no), en caso penal concreto, y, según sea la situación o supuesto, ubicará la pena a graduarse en el espacio punitivo correspondiente, claro, valiéndose de las reglas⁽⁴⁷⁵⁾

(474) Circunstancias “es algo que está circundando al delito, no es parte del delito, está periféricamente ahí, no lo integra, concurre con él, por ende, no está ligado a la tipicidad, a la antijuricidad, ni a la culpabilidad, pero va a tener una valoración concatenada con un mayor desvalor de la conducta, o con un mayor reproche del autor”. “Es un conjunto de indicadores, merced a los cuales se busca graduar la entidad cuantitativa de la pena.” (Prado, 2007, pp. 33-34)

(475) Aquí por el término “regla” ha de entenderse en sentido amplio y distinto al concebido por Robert Alexy o por Ruiz Manero o Ronald Dworkin, son dispositivos que en su estructura

establecidas en los numerales 2 y 3 del mencionado artículo.

Las reglas establecidas en los numerales mencionado en el párrafo precedente, son aplicables ante la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes y/o atenuantes, en el caso penal concreto. Las reglas (supuestos) establecidas en el numeral 2 del artículo 45-A del Código Penal, se debe aplicar el órgano jurisdiccional, ante la concurrencia o no de circunstancias agravantes y/o atenuantes genéricas, en el caso penal concreto a resolver; en cambio, las otras reglas establecidas en el numeral 3 del mencionado artículo, las debe aplicar el órgano jurisdiccional, ante la concurrencia o no de circunstancias cualificadas o privilegiadas, en el caso penal concreto a resolver.

Ahora, detallando más aún lo que se observa en los numerales del párrafo tercero del precitado artículo del Código Penal. El órgano jurisdiccional debe aplicar las reglas establecidas en el numeral 2 del precitado artículo, siempre que se den las siguientes condiciones o supuestos: cuando no existen circunstancias agravantes ni atenuantes o concurren únicamente circunstancias atenuantes, en el caso penal concreto a resolver, la pena concreta se determina en el tercio inferior; o cuando concurren tanto circunstancias agravantes como circunstancias atenuantes, en el caso penal concreto a resolver, la pena se determina en el tercio intermedio; y cuando concurren únicamente circunstancias agravantes, en el caso penal concreto a resolver, la pena se determina en el tercio superior del espacio punitivo (marco penal).⁽⁴⁷⁶⁾ Aquí,

carecen de una consecuencia jurídica o sanción jurídica. En realidad estas reglas son supuestos de hechos (que se pueden dar en la realidad, y son numerosos, finitos, no solo son tres o cuatro). De manera que, ahí ya se presenta un problema (de denominación).

(476) Entiéndase, bajo criterio de los efectos, por *circunstancias atenuantes* como “aquellas que, influyendo sobre algunos de los elementos del delito, debilitan su intensidad, produciendo, en consecuencia, una disminución de la pena” (Goyena, 1997, p. 19); por *circunstancias agravantes genéricas*, aquellas que están orientadas a incrementar el desvalor de la

resulta pertinente precisar, que el legislador peruano cuando menciona a *circunstancias* (concurrentes), se refiere a aquellos factores o elementos que están circundando al delito y son de carácter genérico, por sus efectos se le denomina circunstancias agravantes y circunstancias atenuantes; algunos ejemplos de estas circunstancias son la carencia de antecedentes penales, la edad del procesado o el abuso de cargo o posición económica del agente, entre otras circunstancias y criterios de determinación de la pena, que están establecidos en el modificado artículo 46° del mencionado Código, mediante Ley N° 30076, o en otro artículo de este Código o ley penal, en general. Actuarán como tal, en tanto y cuanto el órgano jurisdiccional no los haya valorado, en el caso penal concreto, como circunstancias especiales o específicas, de lo contrario, se vulneraría la cláusula de prohibición de doble valoración de circunstancias concurrentes.

Las circunstancias agravantes y atenuantes de carácter genéricos, hacen alusión a factores o elementos referidos o bien al injusto penal, bien a la culpabilidad o a algún comportamiento *ex post* delito, o a todos en su conjunto, y se pueden aplicar a cualquier delito regulado en la Parte Especial del Código Penal o en una determinada ley penal especial y tienen efectos distintos dentro del marco penal fijado por el legislador, pueden incrementar la pena o pueden disminuirla (las circunstancias calificadas o privilegiadas actúan de manera distinta en la determinación judicial de la pena).

Por otro lado, el legislador peruano también ha previsto determinadas reglas, en el

conducta, la electricidad de la culpabilidad, el reproche al autor o partícipe, la punibilidad, lo que implica una mayor pena; y por *circunstancias mixtas*, son aquellos que coyunturalmente en las decisiones de política criminal del legislador peruano pueden asumir un rol agravante o un rol atenuante (p. ej., el parentesco). Estas definiciones fue adoptado por el autor Prado Saldarriaga (2007, .p. 36), quien a su vez los adoptó de la doctrina española. (Véase, p. ej., Terradillos, 1995, p. 80 et seq.)

numeral 3 del mencionado artículo, a aplicarse por el órgano jurisdiccional, ante la concurrencia de determinadas circunstancias agravantes cualificadas y atenuantes privilegiadas,⁽⁴⁷⁷⁾ en el caso penal concreto a resolver, con la finalidad que la pena se gradúe, sea fuera del espacio punitivo o dentro de los límites (mínimo y máximo) de la pena básica fijada en la ley penal (Código Penal), según sea el caso. Se trata de circunstancias que tienen relación con la pena conminada y tienen particular incidencia sobre la culpabilidad o sobre el injusto penal (conducta antijurídica), que dependerá del caso concreto. Estas circunstancias se caracterizan por modificar el marco penal conminatorio, es decir, proyectan la posibilidad de la sanción por encima del máximo de la pena conminada (o básica) y por debajo del mínimo de la misma, tal como antes se mencionó.

Ahora, detallando más aún el numeral 3 del mencionado artículo del Código Penal, el órgano jurisdiccional, de acuerdo a las reglas previstas en este numeral, ante la concurrencia de circunstancias atenuantes privilegiadas⁽⁴⁷⁸⁾ en el caso penal

(477) importa señalar lo siguiente: no se debe confundir entre circunstancias especiales o específicas (estas son las típicas agravantes establecidos en algunos delitos, de la Parte Especial del Código Penal o de alguna ley penal especial; así, por ejemplo, las circunstancias agravantes señaladas en el artículo 189° del CP) y las circunstancias cualificadas o privilegiadas. Las primeras son aquellas que solo pueden operar con el delito al cual acompañan (V.gr., las circunstancias agravantes del artículo 189° del CP), inciden directamente en el quantum de la pena y su calidad, y por ende, siempre se ubican en la Parte Especial del Código Penal o en alguna ley penal especial; mientras las segundas, pueden estar establecidas en la Parte General del Código Penal o en alguna ley penal especial, un ejemplo de estas viene a ser la reincidencia, que está regulada en el artículo 46-B del Código Penal, y tienen incidencia en la extensión de la pena.

(478) Son *atenuantes privilegiadas* o *muy cualificadas* aquellas que pueden producir efectos atenuatorios más allá de los normales o no cualificadas, “rebajando la pena correspondiente al delito de que se trate”, para tal fin deberá tener “en cuenta las condiciones del culpable, los antecedentes o circunstancias del hecho y cuantos otros elementos puedan revelar especiales merecimientos en la conducta del inculcado.” (Goyena, 1997, p. 21;

concreto a resolver, determina la pena, por debajo del tercio inferior o por debajo del mínimo legal; o cuando concurren circunstancias agravantes calificadas⁽⁴⁷⁹⁾ en el caso penal concreto a resolver, determina la pena, por encima del tercio superior o por encima de la pena máxima legal (del respectivo delito); y cuando concurren tanto circunstancias agravantes calificadas como circunstancias atenuantes privilegiadas, en el caso penal concreto a resolver, determina la pena, dentro de los límites de la pena básica fijado por el legislador (del respectivo delito).⁽⁴⁸⁰⁾ Resulta pertinente mencionar algunos ejemplos de circunstancias agravantes calificadas y circunstancias atenuantes privilegiadas; la reincidencia y la habitualidad, regulados en los artículos 46-B y 46-C del Código Penal, respectivamente, son ejemplos de las primeras; mientras la responsabilidad atenuada o inimputabilidad relativa, la confesión sincera, entre otras circunstancias, regulados en el artículo 21º del Código precitado y en el artículo 161º

Monterde, 2007, p. 587). Estas circunstancias, recalcando, pueden estar ubicadas (reguladas) en la Parte General del Código Penal de 1991 o en otro Código como, por ejemplo, el Código Procesal Penal de 2004. Asimismo, extienden la pena o la disminuyen por debajo del tercio inferior o del mínimo legal en el delito respectivo, según sea el caso.

(479) Son circunstancias (agravantes) calificadas aquellas que producen efectos agravatorios más allá de los efectos agravatorios ordinarios o genéricos, aumentando la pena correspondiente al delito de que se trate. En este sentido la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República estableció que las circunstancias calificadas, que si bien pueden operar también con cualquier delito, como es el caso de la circunstancia calificada de la condición del sujeto activo (*V.gr.*, Funcionario Público) del artículo 46-A del Código Penal, son las que disponen de un nuevo extremo máximo de pena y que será el límite fijado por dicho tipo de agravante. (Véase la Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de 2011 (setiembre 1 de 2011), Presidencia de la Corte Suprema de Justicia de la República, Circular relativa a la correcta determinación judicial de la pena, considerando cuarto *in fine*.).

(480) A propósito conviene preciar, lo siguiente: aquí se emplea el término “concurren” como sinónimo de “presentes”, y no “concurran”, porque las agravantes o atenuantes se refieren en tiempo presente (ante el caso penal, p. ej., el delito) y no a un tiempo futuro, que casi nunca se llegaría a concretar.

del Código Procesal Penal de 2004, respectivamente, son ejemplos de circunstancias atenuantes privilegiadas.

Las circunstancias agravantes cualificadas y las circunstancias atenuantes privilegiadas hacen alusión a factores o elementos que inciden de manera diferente (a las circunstancias genéricas y específicas) en la determinación judicial de la pena, en el caso penal concreto, estos modifican el marco penal determinado por el límite máximo de pena conminada y el límite mínimo de pena conminada (del delito respectivo), por ello es que se le denomina *circunstancias modificativas de la responsabilidad penal*. Tienen mayor efecto que las circunstancias normales u ordinarias.

Todas estas circunstancias agravantes y atenuantes (genéricas o cualificadas o privilegiadas) una vez valoradas por el órgano jurisdiccional, en el caso penal concreto, deberán ser operativizados; es decir, las circunstancias concurrentes serán instrumentalizadas de acuerdo a criterios de compatibilidad de circunstancias y de compensación (racional) de efectos circunstanciales; no obstante, que el legislador peruano no lo haya establecido expresamente (en la ley penal), además de ser ponderados.⁽⁴⁸¹⁾

(481) Un problema particular que se puede presentar al órgano jurisdiccional es cómo o qué hacer cuando se presentan una cantidad –y calidad– distinta de agravantes y atenuantes en el caso concreto, con la finalidad de graduar adecuadamente la pena. Es decir, cómo las operativizará, y compensará, al menos al respecto no existen normas jurídicas que expresamente regulen tales situaciones; sin embargo, existe no una norma jurídica *per se*, sí el Acuerdo Plenario N° 2-2010 del 16 de noviembre del 2010, donde la Corte Suprema de Justicia de la República sienta determinadas pautas en caso de concurrencia de circunstancias agravantes (específicas) de distinto grado o nivel, claro, para determinados delitos, como el caso del delito de robo en su modalidad agravada (artículo 189° del CP). No obstante ello, persiste la cuestión no solo en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes ordinarias o genéricas, sino, en caso de concurrencia de circunstancias cualificadas o privilegiadas. Por otro lado, está la cuestión relativa a las reglas establecidas en el artículo 45-A del Código Penal, si son también para los partícipes (*strictu sensu*), al

Adicionalmente se puede señalar, que en la doctrina española se establece diferencias entre circunstancias atenuantes privilegiadas y circunstancias atenuantes muy cualificadas. Las primeras han sido fijadas por el legislador en la ley penal (CP español, 1995, arts. 19º y 21º), mientras las segundas, han sido establecidas por el juez penal (en la jurisprudencia penal), y que las operativiza mediante la 4ª. regla del artículo 66º del Código Penal de 1995 español [actualmente 2016, esta regla fue modificada por Ley Orgánica 11/2003, y está regulada en la 2ª. regla del precitado artículo]. Los efectos (atenuantes) de las primeras (como la minoría de edad relativa o alguna eximente incompleta) se manifiestan ante cualquier situación (concurra o no circunstancias agravantes en el caso concreto), mientras que los efectos de las segundas (la que alcanza una intensidad superior a la normal de la respectiva circunstancia), referida a un conjunto de circunstancias atenuantes (comunes) que el órgano jurisdiccional convierte en atenuantes muy cualificadas, y se manifiestan solo si junto con ella concurra una circunstancia agravante, caso contrario, no disminuye la intensidad de la pena a imponer. (Llorca, 1996, pp. 97-98)

Culminando con este subapartado del presente apartado, se puede señalar que el legislador peruano en el artículo 45-A del Código penal vigente, también ha previsto (en el párrafo primero) el otro aspecto de la determinación judicial de la pena, esto es, la motivación y fundamentación explícita (expresa) y suficiente sobre las razones de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena (véase *supra* el capítulo II de la presente tesis, para mayor información de la motivación de la determinación judicial de la pena); es decir, el órgano jurisdiccional (y el fiscal penal) está(n) obligado(s) a no

menos la Ley N° 30076 que introduce este artículo al Código Penal, así no lo prevé. Sin embargo, por criterio (aceptable éticamente), son las mismas la de los autores. Con esto último no se debe confundir la incomunicabilidad de circunstancias del autor al partícipe del mismo hecho punible (ver art. 26º del CP).

solo fundamentar la responsabilidad penal del procesado, sino también la determinación de la pena, tanto en cantidad como en calidad, en la sentencia penal respectiva.⁽⁴⁸²⁾

5.2 Regulación de Nuevos Parámetros, Criterios y Directrices de Determinación de la Pena.

El legislador peruano ha regulado nuevos parámetros, criterios y directrices de determinación judicial de la pena, a través de la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, en los artículos 45° y 46° (principalmente) del Código de Penal 199,⁽⁴⁸³⁾ con la finalidad seguramente de brindar (de más) instrumentos al órgano jurisdiccional, para facilitarle la tarea de la graduación de la pena en el caso penal concreto, y no de complicarlo (situación esta que es altamente probable que se dé).

(482) El artículo 45-A, en su párrafo primero señala: “*Toda condena contiene fundamentación explícita y suficiente sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena.*” (Código Penal, 1991). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(483) La regulación de los factores, pautas, criterios de determinación judicial de la pena constituye una muestra clara del seguimiento al principio de legalidad. Pero esto, no significa un impedimento a la discrecionalidad del órgano jurisdiccional en la determinación de la pena en el caso concreto, mas por el contrario es el mejor complemento de la legalidad. Así, González (1995, p. 28), parafraseando a Cobo Del Rosal (1970), señala que “un arbitrio prudente y razonable es el mejor complemento de la legalidad [inspirado en el Código Penal español de 1870]”. González también señala, que “quizás en esta materia consagrada a la determinación de la pena exacta que debe imponerse a un sujeto concreto por un hecho específico sea donde mayores márgenes de arbitrio judicial se requiera [idea que es compartido por Gallego Díaz (1985), entre otros].” Pero, se refiere a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal o penal, de incidencia en la determinación judicial de la pena, concretamente en el grado, tal como lo son las circunstancias comunes u ordinarias, que operan en la extensión de la pena. (Sobre esta diferencia, pero comprendida dentro de las circunstancias modificativas véase a López Barja (2004, pp. 288-298)).

En el artículo 45° del mencionado Código Penal, exactamente en su numeral 1, por ejemplo, se ha introducido más criterios o líneas políticas que debe tomar en consideración el órgano jurisdiccional, en el momento de la determinación de la pena, en el caso concreto⁽⁴⁸⁴⁾; sin perjuicio, también que lo realice el representante del Ministerio Público (el fiscal penal); y constituyen los siguientes: el abuso del cargo del agente, la posición económica, la formación, el poder, el oficio, la profesión o función que ocupe en la sociedad (*status* en la sociedad) el agente; los demás criterios regulados en los numerales 2 y 3 del mencionado artículo se mantienen igual, hasta que el 23 de noviembre del 2015, el mencionado numeral 3, fue modificado, mediante Ley N° 30364, y se adicionaron más criterios (ahora, numeral c) del mencionado artículo), y son los siguientes: “(...), la afectación de sus derechos y considerando especialmente su situación de vulnerabilidad.”⁽⁴⁸⁵⁾

Todos los criterios o líneas políticas (directrices) que tienen que seguir, principalmente el órgano jurisdiccional, en el momento de la determinación judicial de la pena, tienen que ser claramente explicitados en la sentencia penal condenatoria respectiva, pues, esta constituye una de las razones (principales) de la introducción de estos criterios al Código Penal peruano.

(484) Lo regulado en el artículo 45° del Código Penal de 1991 se adoptó de algún proyecto (de Código Penal) argentino, y en su momento tuvo lecturas distintas en la doctrina, se decía que se trataba de criterios de determinación judicial de la pena, de líneas políticas o directrices políticas que tiene que adoptar el juez penal en el momento de graduar la pena, siendo esta última posición que adoptó el legislador peruano. Estas opciones (lo regulado en el mencionado artículo) no la tiene ningún código del mundo, salvo la peruana (Congreso de la República del Perú, 2011, p. 218).

(485) Modificado en la Primera Disposición Complementaria (2015). Esta modificación se dio en un contexto (social) donde la violencia y crimen contra la mujer se hacía más evidente (V.gr., delito de feminicidio).

Los criterios, pautas, o líneas directrices antes mencionados fueron adoptados, por el legislador peruano, del artículo 55° del Código Penal colombiano de 2000, a excepción de la última modificación del numeral 3 de artículo 45° del Código peruano (por Ley N° 30364). No son originarios de la realidad jurídica peruana, esto es, no tiene como base un estudio (de política criminal) meticuloso de la realidad socio-jurídica peruana, sino una improvisación del mismo por parte del legislador peruano y que fue producto de una discusión de escritorio u oficina en el Poder Legislativo peruano con participación de los otros poderes del Estado.⁽⁴⁸⁶⁾

Por otro lado, con la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 –recalcando–, que modifica al Código Penal de 1991, entre otros Códigos, se logra disminuir, de alguna manera, el grado de asistematicidad de la normatividad de determinación judicial de la pena, y esto se observa con la modificación del artículo 46° del mencionado Código Penal,⁽⁴⁸⁷⁾ donde se advierte –valga la redundancia–, una sistematización de los criterios o circunstancias del mencionado instituto jurídico-penal; así, en el numeral 1 se regulan los criterios o circunstancias de atenuación (genéricos) y en el numeral 2, se regulan los criterios o circunstancias de agravación (genéricos);⁽⁴⁸⁸⁾ sin embargo, la

(486) Incluso algunos de los criterios o circunstancias ya estuvo regulado en el Código de Maúrtua; así, por ejemplo, el inciso 2 del artículo 51° dice: “(...), la calidad de los móviles honorables o excusables o innobles o fútiles que lo determinaron a delinquir” (Código Penal, 1924, art. 51°).

(487) Esta situación se venía dando en los proyectos de reforma del mencionado Código. Se trata de los anteproyectos de Código Penal 2004 y Código Penal 2009. En estos proyectos de reforma del Código Penal vigente, se observa la regulación de manera independiente, en los respectivos artículos, de las circunstancias de atenuación y de agravación. Un aspecto de esto es objeto de atención, es que tampoco no se conoce en qué medida coadyuva a la mayor certeza en la graduación de la pena.

(488) Ya antes se definió (en las notas anteriores) en que consiste estas circunstancias.

regulación de estos criterios de determinación judicial de la pena son excesivos, esto es, se ha reglamentarizado (*Vide supra* el capítulo V, apartados 3 y 4 de la presente tesis, para mayor información respecto a esta deficiencia). A continuación se señala el contenido del artículo 46 (modificado) del mencionado Código:

Artículo 46º. Circunstancias de atenuación y agravación

1. Constituyen circunstancias de atenuación, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) La carencia de antecedentes penales;*
- b) El obrar por motivos nobles o altruistas;*
- c) El obrar en estado de emoción o de temor excusables;*
- d) La influencia de apremiantes circunstancias personales o familiares en la ejecución de la conducta punible;*
- e) Procurar voluntariamente, después de consumado el delito, la disminución de sus consecuencias;*
- f) Reparar voluntariamente el daño ocasionado o las consecuencias derivadas del peligro generado;*
- g) Presentarse voluntariamente a las autoridades después de haber cometido la conducta punible, para admitir su responsabilidad;*
- h) La edad del imputado en tanto que ella hubiere influido en la conducta punible;*

2. Constituyen circunstancias agravantes, siempre que no estén previstas específicamente para sancionar el delito y no sean elementos constitutivos del hecho punible, las siguientes:

- a) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos destinados a actividades de utilidad común o a la satisfacción de necesidades básicas de una colectividad;*
- b) Ejecutar la conducta punible sobre bienes o recursos públicos;*
- c) Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria;*
- d) Ejecutar el delito bajo móviles de intolerancia o discriminación de cualquier índole;*
- e) Emplear en la ejecución de la conducta punible medios de cuyo uso pueda resultar peligro común;*
- f) Ejecutar la conducta punible mediante ocultamiento, con abuso de la condición de superioridad sobre la víctima o aprovechando las circunstancias de tiempo, modo o lugar, que dificulten la defensa del ofendido o la identificación del autor o partícipe;*
- g) Hacer más nocivas las consecuencias de la conducta punible, que las necesarias para consumar el delito;*
- h) Realizar la conducta punible abusando el agente de su cargo, posición económica, formación, poder, oficio, profesión o función;*
- i) La pluralidad de agentes que intervienen en la ejecución del delito;*
- j) Ejecutar la conducta punible valiéndose de un inimputable;*
- k) Cuando la conducta punible fuere dirigida o cometida total o parcialmente desde el interior de un lugar de reclusión por quien está privado de su libertad, o se encuentra fuera del territorio nacional;*
- l) Cuando se produce un daño grave al equilibrio de los ecosistemas naturales;*

- m) *Cuando para la realización de la conducta punible se han utilizado armas, explosivos o venenos, u otros instrumentos o procedimientos de similar eficacia destructiva.*
- n) *Si la víctima es un niño o niña, adolescente, mujer en situación de especial vulnerabilidad, adulto mayor conforme al ordenamiento vigente en la materia o tuviere deficiencias físicas, sensoriales, mentales o intelectuales de carácter permanente o si padeciera de enfermedad en estado terminal, o persona perteneciente a un pueblo indígena en situación de aislamiento y contacto inicial.*⁽⁴⁸⁹⁾ (art. 46°, CP, 1991).

En el artículo precedente señalado, se observa una serie de criterios y circunstancias (de atenuación y agravación) referidos, de alguna manera, al injusto penal, a la culpabilidad y hechos posteriores de la comisión del hecho punible (delito), que debe tomar en consideración el órgano jurisdiccional en el momento de la determinación de la pena, en el caso concreto.

Las circunstancias agravantes y atenuantes reguladas en los 2 numerales del mencionado artículo del Código Penal fueron extraído del Código Penal colombiano del 2000 (Ley 599, arts. 55° y 58°).

Las circunstancias atenuantes mencionadas en el numeral 1 del mencionado artículo fueron adaptados, modificados, a la realidad del Código Penal peruano y fue extraído (textualmente) del artículo 55° (circunstancias de menor punibilidad) del Código Penal colombiano de 2000; y aquí, llama la atención un aspecto (particular) de estas circunstancias introducidas al mencionado Código, y se refiere a su funcionalización u operativización o no en la realidad peruana. Así, por ejemplo, la circunstancia atenuante

(489) Este último inciso (n) del precitado numeral 2 fue incorporado mediante Decreto Legislativo N° 1237 del 26 de setiembre de 2015. Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

del inciso e) del mencionado numeral del artículo 46° fue extraído y transcrito, y realizado una cierta modificación, del numeral 5 del artículo 55° del mencionado Código colombiano (en el numeral 5 de este Código se señala: “*Procurar voluntariamente después de cometida la conducta, anular o disminuir sus consecuencias*”).

Sin embargo, no todas las circunstancias y criterios (atenuantes), regulados en el artículo 55° del mencionado Código Penal colombiano, fueron transcritos o adaptados por el legislador peruano, sino una parte (considerable). Situación que se tiene que resaltar frente a lo que sucede realmente.⁽⁴⁹⁰⁾

Ahora, en cuanto a las circunstancias agravantes reguladas en el numeral 2 del mencionado artículo del Código Penal, de igual manera lo hizo el legislador peruano; es decir, ha transcrito (textualmente) en una parte considerable de las circunstancias (de mayor punibilidad) del artículo 58° del mencionado Código colombiano al numeral 2 del artículo 46° del Código peruano. No obstante ello, algunas de las circunstancias transcritas fueron modificados, sea suprimiendo o cambiando algunos términos, y eso es lo que se observa en el mencionado numeral; así, por ejemplo, en el inciso d) de este numeral el legislador peruano ha modificado (suprimido) ciertos términos, que hubiera sido conveniente mantenerlos, tal cual se aprecia en el numeral 3 del artículo mencionado del Código colombiano,⁽⁴⁹¹⁾ por su explícites.

Por otro lado, también hubiera sido conveniente que el legislador peruano,

(490) Así, hubiera sido conveniente que regulara criterios referidos a los delitos informáticos o cometidos por medios informáticos, electrónicos o telemáticos.

(491) El numeral 3 del mencionado artículo reza: “Que la ejecución de la conducta punible este inspirada en móviles de intolerancia y discriminación referidos a la raza, la etnia, la ideología, la religión, o las creencias, sexo u orientación sexual, o alguna enfermedad o minusvalía de la víctima” (Código Penal colombiano, 2000, art. 58°). Ahora, el inciso d) del artículo 46° del Código Penal peruano, fue modificado mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 6 de enero de 2017, y casi se asemeja (esta modificación) al mencionado numeral 3 del Código colombiano.

regulara adecuadamente otro criterio determinación judicial de la pena referido a delitos informáticos o cometidos por medios informáticos o electrónicos, magnéticos, o tecnológicos.⁽⁴⁹²⁾ Esta situación fue previsto por el legislador colombiano; así, se observa en el numeral 17 del artículo 58° del mencionado Código colombiano: “*Cuando para la realización de las conductas punibles se utilicen medios informáticos, electrónicos o telemáticos.*”⁽⁴⁹³⁾ (Código Penal colombiano, 2000, art. 58°)

El catálogo de circunstancias (atenuantes y agravantes) incorporados (regulados) al Código Penal vigente, fue discutido por el legislador peruano juntamente con los representantes de instituciones del Estado (Poder Judicial, entre otras) y del Colegio de Abogados; sin embargo, existió el error de siempre, la ausencia de un estudio previo (del texto del Código Penal colombiano de 2000 y del texto del Código Penal peruano vigente y de la realidad peruana, en general), con la finalidad de tener una política criminal pertinente y adecuada para de esta manera, las normas jurídicas resulten aplicables a la realidad peruana, ergo sean eficientes.

Que, no obstante de lo mencionado en los párrafos precedentes, es necesario señalar que todas las circunstancias (atenuantes y agravantes) de determinación judicial de la pena reguladas hasta ahora deberán ser observados y sopesados por el órgano jurisdiccional en el momento de graduación de la pena, en el caso concreto, claro, en tanto no sean constitutivas del tipo penal o modificatorias de la responsabilidad penal y no los haya valorado como circunstancias especiales o específicas. Por otro lado, la regulación de estas circunstancias (atenuantes y agravantes) se hizo con la finalidad de que sentencias penales (condenatorias) sean

(492) Se precisa esto en razón a la puesta en vigencia de una ley penal especial, Ley N° 30096 del 23 de octubre de 2013 (Ley de Delitos Informáticos), que fue modificado por Ley N° 30171 del 10 de marzo de 2014.

(493) Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito.

más predecibles y creíbles respecto de los justiciables (el procesado, por ejemplo), en general a la sociedad; a propósito esta acción coadyuva a una mayor proporción [y igualdad] entre la gravedad del hecho (punible) y la pena.

En síntesis, con la regulación del proceso de determinación judicial de la pena, la introducción de nuevos parámetros, reglas, criterios y circunstancias y directrices, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal peruano, se pretende la funcionalización o funcionamiento penal (Hassemer & Muñoz, 1989) de este nuevo sistema (de tercios) de determinación judicial de la pena, con la finalidad de que las sentencias penales (condenatorias) sean más predictibles.

6. La Necesidad de un Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena Peruano

El presente apartado de este capítulo trata y sienta algunos lineamientos (a grandes rasgos), desde diversas perspectivas científicas (perspectiva criminológica, político criminal, etcétera), sobre un nuevo sistema o modelo determinación judicial de la pena para la realidad peruana, y esto se debe a la normatividad (un tanto inadecuada), relacionada a la determinación judicial de la pena, introducida al Código Penal de 1991, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013.

6.1 Lineamientos para un Nuevo Sistema Jurídico de Determinación de la Pena

A). Perspectiva Criminológica

La perspectiva criminológica⁽⁴⁹⁴⁾ significa observar el Derecho Penal como un hecho social, es decir, se trata de un enfoque desde la sociología jurídico-criminal (principalmente), el mismo que implica el estudio de las normas jurídicas y disposiciones de naturaleza jurídico-penal en su desarrollo, esto es, en su aplicación en una determinada sociedad como la peruana; conocer cuál es el impacto que genera (la norma de conducta jurídico penal) en la sociedad en su conjunto, especialmente sobre el individuo que lo soporta, y los efectos de la misma. Realizada esta precisión, se puede afirmar; primero, que la realidad peruana, es la de importar leyes extranjeras (véase Hurtado, 1979), y eso es lo que realiza el legislador peruano, más que crearlas; respaldadas con un estudio especializado sólido;⁽⁴⁹⁵⁾ segundo, es la desconfianza que se ha generado en la sociedad respecto al funcionamiento de la justicia penal como sistema; tercero, la ausencia de normas jurídicas (penales) adecuadas realidad peruana; y cuarto, la corrupción imperante en las instituciones de control social (formal).

El legislador peruano cuando quiere regular un determinado hecho social (conflicto social), lo primero que hace —y ha hecho—, es recurrir a otras realidades, que en Derecho se denomina Derecho comparado (legislación comparada), con la

(494) La Criminología es una disciplina multidisciplinaria, ya que comprende a disciplinas tradicionales, como la sociología criminal, la penología, la biología criminal, entre otras disciplinas, y a disciplinas modernas, no tradicionales, como las ciencias económicas (la economía), la informática criminal, entre otras disciplinas o técnicas (aún en desarrollo). Para Bustos Ramírez y Hormazábal Malerée (1997), la Criminología en un Estado social y democrático de Derecho, en el Derecho Penal, tiene por objeto el análisis sociológico de los procesos de criminalización (p. 31).

(495) Con ello no se trata de dar a entender necesariamente, que la legislación importada haya traído más consecuencias negativas que positivas (como la de propiciar una vida en comunidad pacífica).

finalidad de extraer arbitrariamente una determinada norma jurídica⁽⁴⁹⁶⁾ que probablemente se ajuste a la realidad peruana –y no certeza con respaldo de un estudio especializado ad hoc, sino al azar–, para luego hacerle unos retoques (modificarla) o simplemente no las realiza, las aprueba y las pone en vigencia, siendo esto aplicado, en el caso concreto, por el órgano jurisdiccional, luego ya se conoce las consecuencias que genera en la sociedad, particularmente el individuo (justiciable), que es el destinatario de la norma jurídica puesta en vigencia.

La realidad del sistema de justicia penal peruano es crítica, particularmente la sociedad desconfía en el órgano aplicador del Derecho (ley penal) y en las normas jurídicas que son objeto de aplicación, y a esto se auna el incremento de la fenómeno de la corrupción en los instituciones de control social, que más adelante se explicará. La sociedad observa que el órgano jurisdiccional en determinados casos penales concretos impone una pena ínfima y en otros casos penales, una pena excesiva; es decir, observa que se impone una pena desproporcionada, generando no solo temor sino, una sensación de inseguridad (jurídica-psicológica); particularmente el justiciable observa, que el órgano ante el cual se va a someter no tiene consolidado una línea directriz para la imposición de una determinada sanción jurídico-penal (pena), a veces impone una pena ínfima a veces una pena excesiva, le genera inseguridad y temor; por lo que resulta *conditio sine qua non* establecer normas jurídicas adecuadas que permitan optimizar la funcionalidad de los institutos jurídico-penales consagrados en la ley penal, particularmente la determinación judicial de la pena, consagrado en el Código Penal de 1991.

En la praxis judicial se observa que el órgano jurisdiccional, en el momento

(496) Se utiliza el término *arbitrariamente*, porque el legislador peruano no realiza un estudio sistemático de la fuente que contiene la norma jurídica o el artículo, que va a extraer, para luego adecuarla a la realidad peruana.

de la determinación o graduación de la pena, solo se limita a señalar las circunstancias y criterios establecidos, principalmente, en el artículo 46° del Código Penal, y no los motiva,⁽⁴⁹⁷⁾ con la finalidad que adquieran materialidad o que se concreticen, y consecuentemente genera sentencias condenatorias con ausencia o deficiente motivación [del proceso] de determinación judicial de la pena.

La ausencia de una normatividad adecuada a la realidad peruana, que permita la instrumentalización de la determinación judicial de la pena en el caso concreto, particularmente ante la concurrencia de circunstancias (agravantes, atenuantes, mixtas) de diferente naturaleza,⁽⁴⁹⁸⁾ entre otros institutos jurídico-penales regulados en la ley penal (p. ej., el Código Penal de 1991), y esto aunado a la ausencia de una adecuada preparación y capacitación del órgano aplicador de la normatividad jurídico-penal; es decir, son problemas que necesitan de solucionarse, con una adecuada normatividad jurídico-penal, que sea producto de un estudio especializado y sistemático de los problemas relevantes jurídico-penalmente que aquejan a la realidad peruana, considerados como hechos antisociales que no son tolerados por la sociedad. Pues esto, es un tema del Derecho (vivo), en contacto directo con la realidad (el caso concreto), que está en constante cambio, y cada vez se hace más compleja –por no decir, el Derecho determinado por la realidad.

El factor corrupción también incide bastante en el termómetro de la situación

(497) Es una exigencia constitucional, sino véase el artículo 139° inciso 5 de la Constitución Política del Estado.

(498) No obstante del Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116, del 16 de noviembre de 2010, establece la concurrencia de circunstancias de distinto grado o nivel (en el delito de robo en la modalidad agravada y en otros 3 delitos agravados más).

del sistema de justicia penal, siendo un integrante del mismo el instituto de la determinación judicial de la pena, que en la realidad se ha dado más preferencia al instituto de la imputación (objetiva) de la responsabilidad penal, pues con esto no es que toda la responsabilidad –de los problemas– recaiga sobre aquel instituto jurídico-penal, sino lo que se trata es de resaltar su gran importancia en esta realidad (jurídico-social); y en el incremento de la inseguridad ciudadana, la violencia social y el incremento de la delincuencia.⁽⁴⁹⁹⁾ La sociedad está atenta al que hacer de las autoridades y funcionarios peruanos, específicamente de aquellos

(499) Esto se puede medir (indirectamente) a través de las estadísticas de la Oficina General de Planificación-Estadística del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y de la Oficina Central de Planificación y Presupuesto y de Racionalización y Estadística del Ministerio Público (MP). Las estadísticas del primero, en el año 2010 (diciembre) existía una población penal total de 46 198 internos (mujeres y hombres) en las ocho Direcciones Regionales a nivel nacional, siendo solo 18 997 internos sentenciados (menos del 50% del este total) y el resto tienen la situación de detención judicial preventiva (más de 24 horas), mientras en el año 2011 (diciembre) la población penal total era de 52 700 internos (mujeres y hombres) en las ocho Direcciones Regionales a nivel nacional, siendo solo 21 990 internos sentenciados (menos del 50% del total) y el resto tienen la situación de detenidos preventivamente (prisión preventiva); de lo expuesto se observa un incremento de la población penal total respecto de estos años. Según las estadísticas del Ministerio Público, en el año 2010 se registró 427 642 denuncias (casos) a nivel nacional (lo que significó un incremento del 15.1% respecto del año anterior), de los cuales en Lima, hubo 4 349 denuncias de delitos de robo en la modalidad agravada y de violación [de la libertad] sexual de menor de edad; mientras que, en el año 2011 las denuncias fueron de 177 266 a nivel nacional, de los cuales el 36.6% fueron de Lima, y dentro de ella el 5 040 denuncias fueron de delitos de robo en la modalidad agravada y de violación [de la libertad] sexual de menor de edad, y el 38.5% (del total 177 266) fueron de Lima, y llegaron a constituir expedientes penales, siendo el resto archivados por diversas razones. De lo expuesto, se puede concluir, que existe un incremento del índice de criminalidad tanto en el año 2010 como en el año 2011, situación que se mantendría en los siguientes años. (Véase Anuario Estadístico del MP, 2010-2011; así también las estadísticas de la Oficina General de Planificación-Estadística del INPE, 2010-2011).

que imparten justicia a nombre del pueblo, esto es, los jueces (penales); observan que las leyes penales se hacen cumplir, se protege y tutela los bienes jurídico-penales importantes, y también cómo se hacen cumplir y no cumplir. Los medios de comunicación (en masa) aquí juegan un rol muy importante, a través de ella la sociedad observa la realidad del sistema de justicia penal, los sobornos, las coimas coloquialmente llamados, penalmente, cohechos, tráfico de influencias, negociación incompatible, entre otros delitos establecidos en la ley penal (*V.gr.*, Código Penal);⁽⁵⁰⁰⁾ y la cultura de los ciudadanos (grado de conocimiento de los textos normativos o no), también es un factor que incide en la realidad del sistema de justicia penal.

Como se observa, se tiene una realidad que cada vez se hace más compleja y que necesita ser estudiada por las diversas disciplinas de la ciencia criminológica, como la sociología jurídico-criminal, el Derecho Informático, entre otras disciplinas, con la finalidad de comprenderla mejor, y se plasmen en políticas concretas y reales que el Estado debe tomar en consideración e implementar, siendo una de estas la Política Criminal, cuya función es la de transformar la información relativa al fenómeno criminal en sentido amplio (delito, delincuente, víctima, control social, etcétera) brindada por la Criminología, en opciones, alternativas y programas científicos desde una óptica valorativa, teniendo en cuenta la estricta observancia de principios que derivan de la idea de dignidad de la persona, con la finalidad de proteger y promover el respeto de los valores de igualdad y de justicia, principalmente.

(500) Un Poder Judicial que tarda en exceso (años) en la resolución de conflictos penales, que lo haya realizado bien o no, es otra cosa; donde los trabajadores, la gran mayoría, han visto a este Poder del Estado como una manera de asegurar su futuro y una fuente importante de ingresos (económicos) y a esto se aúna, una corrupción generalizada.

De manera que el nuevo paradigma de determinación judicial de la pena deberá tomar en cuenta esta realidad, siendo necesario un sistema que dé seguridad jurídica (Ávila, 2012), no solo a los justiciables, a la sociedad en general, sino a los órganos de control social (formal) secundario (Poder Judicial, Ministerio Público, Policial Nacional, entre otras instituciones).

B). Perspectiva Política Criminal

Desde la perspectiva de *política criminal*, en términos generales, se observa que el legislador peruano no desarrolla una auténtica *política criminal*,⁽⁵⁰¹⁾ toda vez que se limita a transcribir o a extraer normas jurídicas extranjeras, a veces realiza modificaciones, acertadas o no, a dichas normas jurídicas, y consecuentemente no realiza ni realizó (grandes) creaciones en cuanto a normas jurídicas y principios propias de la determinación judicial de la pena, en general en ningún instituto jurídico-penal establecido en el Código Penal o en una determinada ley penal especial.

Según la normatividad de determinación judicial de la pena establecida en la

(501) El concepto o acepción de *política criminal* que ha de emplearse generalmente en la presente tesis es en su acepción académica (la dirigida al legislador); es decir, “como aquel sector del conocimiento que tiene como objeto el estudio del conjunto de medidas, criterios y argumentos que emplean los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal.” (Borja, 2003, p. 23; 2011, p. 21). No obstante de lo mencionado, también se empleará en su acepción política (conjunto de medidas); es decir, como aquel conjunto de medidas y criterios de carácter estrictamente jurídico-penal, establecidos por los poderes públicos para prevenir y reaccionar frente al fenómeno criminal, con el fin de mantener bajo límites tolerables los índices de criminalidad en una determinada sociedad (Borja, 2003, p. 22; 2011, p. 20). Todo dependerá de las circunstancias del caso o situación.

Ley N° 30076, el legislador peruano se mantiene –y sigue manteniéndose– en la misma situación de siempre, tan solo se limita a recoger, por no decir, a transcribir, las pautas, criterios y circunstancias (de atenuación o agravación) establecidos en el Código Penal colombiano de 2000 (aprobado por Ley N° 599), principalmente en los artículos 55° y 58° de este Código Penal (*V.gr.*, el abuso del cargo, posición económica, entre otros criterios); y por la forma, también del mencionado Código colombiano, específicamente en el artículo 61° así como en el artículo 66° – porque señala el espacio punitivo en que el juez penal debe ubicar la pena, ante la concurrencia o no de determinadas circunstancias (atenuantes y/o agravantes, cualificadas o no)–, del Código Penal español de 1995 y sus modificatorias. Estas legislaciones que influyeron, sobre todo la primera, en la normatividad de determinación judicial de la pena establecida en la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, no fueron estudiados y adaptados adecuadamente por el legislador peruano a la realidad (socio-jurídica) peruana, toda vez que carece de cierto grado de sistematicidad y de coherencia, siendo muestra de esto, el criterio de la edad (del imputado) regulado en el inciso h) del modificado artículo 46° del Código Penal, como circunstancia atenuante, y este mismo criterio también está previsto en el artículo 22° del mencionado Código, situación que podría generar confusión al órgano aplicador e intérprete de la norma jurídico-penal, no se conoce con certeza si es una atenuante genérica o si es una atenuante específica no cualificada.⁽⁵⁰²⁾

De manera que la política criminal del legislador peruano en materia penal – y afines–, no fue ni ha sido del todo adecuado, pues si lo que quiso hacer fue una

(502) Incluso este criterio o circunstancia podría ser operativizado como circunstancia atenuante privilegiada, en el caso concreto, claro, con excepción en los delitos mencionados en el artículo 22° del Código Penal, como los delitos tratados en la presente tesis.

adaptación de las normas jurídicas extraídas, sea de la realidad jurídica colombiana o de la realidad jurídica española, esto es, una innovación *pull*,⁽⁵⁰³⁾ a la realidad peruana, pues se equivoca; ahora bien, la introducción del modelo de tercios (el ámbito de movilidad del órgano jurisdiccional es de tres espacios dentro del límite mínimo y máximo de la pena conminada) tampoco se trata de una innovación *push*,⁽⁵⁰⁴⁾ máxime se trataría de una integración del sistema o modelo de la legislación colombiana y legislación española, siendo otro aspecto la funcionalidad de la normatividad extranjera incorporada al sistema jurídico-penal peruano.

En conclusión, existe una orfandad de la legislación penal peruana respecto a una *política criminal* basada en un estudio serio, especializado y sistemático, de la realidad peruana.

Se tiene una realidad un tanto compleja que responde al desarrollo de la sociedad de riesgos o sociedad de la información o del conocimiento, que genera sus propias criminalidades (hasta cibernéticas) más peligrosas dentro del fenómeno de la globalización; y, concretamente, en la praxis judicial, existe la ausencia de un determinado procedimiento en las sentencias penales (condenatorias), emitidas por el órgano jurisdiccional, lo que es peor aún no se motiva ni fundamenta razonadamente el proceso de determinación judicial de la pena,⁽⁵⁰⁵⁾ generando ello, pérdida de confianza y credibilidad en el justiciable, en

(503) Lo que en términos del Derecho Informático significa, adaptación del objeto tomado como referencia a la realidad en que se quiere aplicar.

(504) Lo que en términos del Derecho Informático significa, una innovación tecnológica, esto es, una creación nueva.

(505) No solo lo dice el autor sino también, así se dice en la sentencia del Tribunal Constitucional peruano, al respecto véase la Sentencia del Tribunal Constitucional, Expediente N°

general en la sociedad, respecto del órgano que resuelve los conflictos sociales relevantes para el Derecho Penal (los delitos), y consiguientemente, también genera pérdida de credibilidad de la institución que administra e imparte justicia, esto es, el Poder Judicial.

Frente a la ausencia aún de un sistema o modelo de determinación judicial de la pena adecuado a la realidad del presente y proyectable al futuro, se manifiesta un fenómeno que pervierte la gesta y desarrollo del sistema penal liberal, esto es, la corrupción (casi sistemática) que se observa sobre todo en las instituciones públicas (los institutos de control social secundario, p. ej., la Policía Nacional, el MP, entre otras instituciones). Fenómeno que socaba las bases de las propias instituciones democráticas, sobre todo del sistema de administración de justicia (penal); por lo que resulta, crear un sistema de normas jurídicas y principios (Alexy, 2002)⁽⁵⁰⁶⁾ que sean impermeables a este fenómeno, así como de instituciones funcionales sólidamente fuertes.

Con la realidad sintetizada en los párrafos precedentes, se busca un sistema jurídico de determinación judicial de la pena adaptable a nuevas realidades que trae la sociedad de riesgos o sociedad de la información o del conocimiento, dentro del fenómeno de la globalización, que genere confianza en los ciudadanos en general, donde las expectativas sociales se vean reforzadas y la legitimidad jurídico-social adquiriera resonancia

02546-2012-PHC/TC de 5 de junio de 2014, votos dirimientes en minoría de Mesías Ramírez y Eto Cruz, parte resolutive.

(506) *Principios* entendido bajo óptica del autor Robert Alexy, esto es, como mandatos de optimización, normas, de un grado de generalidad relativamente alto (a diferencia de las reglas, también son normas, pero de un nivel relativamente bajo de generalidad), que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. (2002, pp. 83-86)

internacional, sobre todo que responda a pautas de una justicia democrática.⁽⁵⁰⁷⁾

Un sistema de graduación judicial de la pena que permita un mejor control del poder del Estado, donde el órgano jurisdiccional se vea sujeto a determinadas normas jurídicas, y no solo esto, sino también el órgano persecutor del delito (el Ministerio Público), permitiendo que adopte una decisión (razonablemente) adecuada. Un sistema que permita prever al órgano jurisdiccional –sin perjuicio al Ministerio Público– un determinado procedimiento de graduación de la sanción jurídico-penal, a imponerse a la persona que infringió determinada norma jurídico-penal, así como, una adecuada funcionalización de las circunstancias concurrentes (atenuantes, agravantes y mixtas), bajo criterios de compatibilización o compensación de efectos circunstanciales, con la finalidad de que las sanciones penales sean proporcionales a la culpabilidad o al grado de injusto penal. Sistema de normas jurídicas, que sean sistemáticamente coherentes que no se debe entender como un especie de atadura al órgano jurisdiccional al momento de graduar la pena, sino todo lo contrario, ya que se trata de normas jurídicas legítimas que son producto de una realidad concreta, esto es, de un estudio socio-jurídico.

Con esto no es que se esté pretendiendo que cuanto más preceptos normativos prevea el texto penal (Código Penal) mejor funcionará el sistema de determinación judicial de la pena, sino que responda a una realidad concreta, y que esa sea la realidad peruana –no de otra realidad–, y consecuentemente los institutos jurídico-penales sean más eficientes y eficaces, dentro de un marco penal

(507) En la realidad peruana, no existe una justicia privada desarrollada (negociación, conciliación, etcétera), que sea una verdadera alternativa a la justicia pública (realizada por el Estado), frente a una realidad que cada vez se hace más compleja, y surgen nuevas modalidades para delinquir, una delincuencia sin fronteras (p. ej., la ciberdelincuencia).

constitucionalizado, sobre todo funcionen dentro del engranaje del sistema penal previsto en el texto jurídico constitucional (la Constitución Política del Estado).

C). Perspectiva de Derecho Penal Funcionalista, Funcionalización del Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena.

El Derecho Penal funcionalista teleológico y político-criminal como medio de última ratio en la solución de los conflictos sociales relevantes jurídico-penalmente se enfrenta a problemas cada vez más complejos, la evolución del ser humano, el desarrollo de las sociedades (sociedad real y sociedad virtual), que se dan dentro del fenómeno de la globalización que, a su vez, comprende a factores como lo social, económico, cultural, político e informático, y genera sus propias criminalidades, como la denominada criminalidad sin fronteras (V.gr., los delitos informáticos); por lo que, la *política criminal*, debe apuntar por la generación o construcción de normas jurídicas de calidad, más que de cantidad.

El Derecho Penal funcionalista debe solucionar los conflictos sociales complejos, a través de un proceso penal, que respete los derechos fundamentales derivados de la dignidad de la persona humana, con la finalidad que perdure la tranquilidad y paz dentro de las sociedades democráticas. El Derecho Penal de hoy es el “Derecho Penal de la prevención” (Naucke, 2006) ya no solo sirve para sancionar a personas naturales individualmente consideradas, sino también a personas jurídicas (u organizaciones colectivas) que han infringido determinadas normas jurídico-penales, con la finalidad de proteger bienes jurídicos fundamentales. Relativizándose la sacrosanta formula “*societas delinquere non potest*”.

El Derecho Penal de esta realidad y del que vendrá, se debe nutrir y se nutre de otras disciplinas jurídico-sociales, como la Criminología, las ciencias económicas, el Derecho Informático, entre otras, con la finalidad de ser un mecanismo de control social eficiente y eficaz; y no quedarse relegado frente a esta realidad, claro está sin dejar de ser más humano, concreto y racional, esto es, un Derecho Penal racionalizado;⁽⁵⁰⁸⁾ efectivamente, ya se observa este cambio en la praxis judicial, ante la insuficiencia de las normas jurídico-penales, la norma jurídica por muy genérica que sea, no puede prever modalidades finitas de conductas de las personas, entonces el órgano jurisdiccional ha recurrido a la Teoría de Argumentación Jurídica estándar (TAJ) el mismo que deberá ser complementado con la argumentación ética (virtud ética), con la finalidad de justificar las sanciones jurídico-penales, en general las consecuencias jurídicas del delito cometido

El Derecho Penal de hoy, el Derecho en general, es básicamente argumentación, claro, en su aplicación, así lo ha sido siempre (Atienza, 2013, pp. 19-21), y es el órgano jurisdiccional el que la realiza y que se observa, principalmente, en la determinación judicial de la pena, en el caso concreto; y se complementa con cualquier método o criterio interpretativo de la norma jurídica (p. ej., el método dogmático en la interpretación de la norma jurídico-penal).

(508) Respecto a este extremo Sergio Moccia (2003, p. 110), parafraseando a Maihofer (1964), señala:

Un Derecho Penal [*Sic*] que aspire a ser humano, concreto y racional siempre debe tener también presente, más allá de la realidad efectiva del hombre al que pretende dirigirse, los diversos condicionamientos que ligan al ser humano concreto que delinque con las estructuras socio-políticas preexistentes a él y de las cuales, por cierto, no es responsable, o lo es normalmente en una medida casi irrelevante.

De manera que el Derecho Penal funcionalista (racionalizado) deberá innovar o gestar un nuevo sistema jurídico de determinación judicial de la pena que sea lógicamente consistente y, de alguna manera, axiológicamente coherente (Guastini, 2010), con adecuadas normas jurídicas y principios (bajo óptica de Robert Alexy), no necesariamente en cantidad, frente a esta realidad y el futuro, con la finalidad que el órgano jurisdiccional determine la pena, en el caso concreto, recurriendo a una argumentación jurídica razonable complementado con una argumentación ética, y así se obtenga una pena razonable, útil y justa, bajo criterios generales de aceptación; es decir, a la medida de la culpabilidad del agente o al grado de injusto penal.

D). La Posición de la Dogmática Jurídico-Penal frente al Nuevo Sistema Jurídico de Determinación Judicial de la Pena: ¿visión de la teoría de la argumentación jurídica?

Como este subapartado está comprendido en un apartado principal del presente capítulo, trata de una proyección a futuro con algunas referencias a hechos existentes, entonces resulta válido afirmar; no obstante, de la carencia de una auténtica dogmática jurídico-penal de determinación de la pena; y formular la siguiente interrogante, ¿y cuál es la situación de la dogmática jurídico-penal respecto a este instituto jurídico-penal?, pues la dogmática jurídico-penal sigue y seguirá siendo muy importante sobre todo frente a la teoría de argumentación jurídica estándar, impulsada principalmente por Neil MacCormick y Robert Alexy, ha dejado de ser más que un mero método clásico de interpretación de normas y principios jurídicos, y se ha convertido en un medio importante para la

misma teoría de la argumentación jurídica de la actualidad (fundamenta la aplicación de una determinada norma jurídica a un hecho concreto (punible)). El Derecho Penal (funcionalista), en general el Derecho, es básicamente argumentación y constituye un ingrediente importante en la experiencia jurídica (Atienza, 2013, pp. 20-21), un Derecho aplicado, que se complementa funcionalmente con cualquier método o criterio interpretativo de normas jurídicas como, por ejemplo, la dogmática –recalcando–, es más que un mero método interpretativo.

La dogmática penal es un elemento (sistema, según Roxin (1998)) muy importante del Derecho Penal; es tan importante que constituye una de sus fuentes de alimento, en cualquier sistema jurídico penal en el Derecho comparado, debido a que es influido por los pronunciamientos de los tribunales o cortes constitucionales (Derecho Constitucional), siendo uno de ellos el Tribunal Constitucional peruano, y que ha contribuido positivamente a superar las limitaciones de aquella (Landa, 2006, p. 264), es por ello que el Derecho Penal no se ve desfasado frente a nuevas realidades que cada vez se hacen más complejas, resultando hasta ahora el principal instrumento de control social (secundario) por parte del Estado en el Estado Constitucional de Derecho.

No obstante del escaso desarrollo dogmático y doctrinario de la determinación judicial de la pena, se puede precisar que esta parte de un presupuesto de que existe un hecho punible y un determinado autor o partícipe, determinado de ello,⁽⁵⁰⁹⁾ ahora, más bien sería el de hallar un esquema-tipo

(509) Se señala esta base o fundamento de una posible y futura dogmática de determinación judicial de la pena, para una mejor claridad en la explicación de este extremo de este subapartado del presente apartado (principal). Es decir, no se está tratando de desarrollar

estándar de carácter genérico (tarea pendiente), que permita conocer cuánto de pena, pero sobre todo, cómo el órgano jurisdiccional la debe aplicar.

La dogmática jurídico-penal de la determinación judicial de la pena resulta del todo imprescindible, toda vez que el órgano jurisdiccional, en general los operadores jurídico-penales, tienen (principalmente) como única fuente de interpretación, la ley penal (normas jurídicas que están establecidas, por ejemplo, en el Código Penal vigente, e incluso en la Constitución Política del Estado), con la finalidad de llevar a cabo una actividad jurídica eficiente, sobre todo eficaz, en el tarea de graduación (judicial) de la pena en el caso concreto.

La actividad jurisdiccional del juez o tribunal penal o del intérprete en general, por medio de la dogmática, en la determinación o graduación judicial de la pena, no solo se sirve de la ley penal, claro es su fuente principal, sino también de otras disciplinas científicas como, la hermenéutica (jurídica) y la filosofía (del Derecho), entre otras; por ello, es que debe ser complementado con determinados fundamentos filosóficos (como la Epistemología jurídico-penal en su paradigma de Filosofía Lingüística⁽⁵¹⁰⁾), toda vez que se trata de interpretar normas jurídicas que tienen una determinada naturaleza, filosofía e ideología. Además ha de tomarse en consideración, que el órgano jurisdiccional actúa bajo leyes de obtención de información completamente distintas a la del científico o a las de los legisladores (Hassemer, 2006).

El nuevo sistema o modelo de determinación judicial de la pena que se trata de

este instituto jurídico-penal como disciplina científica autónoma, que no es el propósito de la presente tesis.

(510) Este paradigma de la Epistemología o Gnoseología Jurídica [del Derecho Penal], observa al Derecho en su practicidad, es netamente aplicativo (argumentativo) y como tal, dinámico, pues ahí la hermenéutica desempeña una gran función.

hallar, deberá ser moldeable y adaptable a la variedad de casos que se dan en una sociedad de la información o del conocimiento, más aún en un gobierno electrónico, donde la realidad virtual se hace un tanto compleja y peligrosa (urge la regulación penal de este espacio sin fronteras); es decir, un estándar que sea adaptable a las nuevas realidades. Pues, esta realidad constituye una tarea muy importante de la dogmática jurídico-penal.

6.2 El Sistema de Cuartos: ¿una posibilidad para la realidad peruana?

Se da inicio a este subapartado del presente apartado formulándose las siguientes interrogantes: ¿La determinación judicial de la pena a través del sistema de cuartos podría resultar un tanto adecuada a la realidad peruana?, ¿y por qué el legislador peruano no puso en vigencia este sistema?. Primero, se comienza explicando, que el sistema de cuartos fue establecido por primera vez en el Anteproyecto del Código Penal 2004; y segundo, este sistema está establecido (y regulado) en el actual Código Penal colombiano de 2000, aprobado mediante Ley N° 599;⁽⁵¹¹⁾ a propósito, en qué consiste el sistema de cuartos, consiste en que el órgano jurisdiccional, en el proceso de determinación de la pena, una vez fijado los límites mínimos y máximos (de pena conminada) en los que se ha de mover, se genera un espacio punitivo, dividirá este espacio (ámbito de movilidad) en cuartos: uno mínimo, dos medios y uno máximo; y en cualquiera de estos cuartos, dependiendo si concurre o no, exclusiva o combinadamente, circunstancias agravantes y/o atenuantes genéricas, en el caso

(511) El antecedente del sistema de cuartos colombiano es el artículo 61° del Código Penal colombiano de 1980, aprobado por Decreto 100 del mencionado año; ahora, está consagrado en el artículo 61° del Código Penal colombiano de 2000.

concreto graduará la pena.⁽⁵¹²⁾

Según el Anteproyecto de Código Penal 2004, el sistema de cuartos consiste en que el órgano jurisdiccional divide el ámbito punitivo de movilidad de la pena conminada de cada tipo penal en cuartos fraccionados (cuarto inferior, cuartos medios y cuarto superior), y graduará la pena en el cuarto inferior sobre el extremo mínimo de la pena (conminada), si concurren circunstancias atenuantes o no concurren circunstancias atenuantes ni circunstancias agravantes; en los cuartos medios si concurren circunstancias atenuantes y agravantes a la vez; y en el cuarto superior por debajo del máximo de la pena (conminada), si concurren circunstancias agravantes genéricas (véase Comisión Especial Revisora del Código Penal Ley N° 27837, 2004, pp. 41-42). Así, por ejemplo, el órgano jurisdiccional graduará la pena dentro del cuarto mínimo (inferior) cuando no existen circunstancias atenuantes ni circunstancias agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de

(512) Una muestra de la aplicación del sistema de cuartos a un caso penal es la casación penal de la Sala N° 29 del 4 de abril del 2006 [T-24868: Tutela de derechos] que señala, lo siguiente: Ahora, cuando no hay convenio sobre la pena a imponer (porque se trate de allanamiento o porque siendo un preacuerdo en éste nada se pacta sobre el monto de la sanción), el juez debe tasarla conforme al sistema tradicional de cuartos (...).

En el caso concreto tanto el juez como el tribunal no acudieron al sistema de cuartos y al tiempo que aquel partió del mínimo de la pena, [é]ste lo aumentó atendiendo a diversos factores del artículo 61° del C.P. y una causal del artículo 58° (num. 2) del C.P., debiendo advertir la Corte que si el *ad-quem* halló demostrada esta circunstancia de mayor punibilidad por lo menos debió ubicarse en los cuartos medios (si concurría alguna de menor) o en el cuarto máximo (si aquella sobrevivía solitaria), para una vez seleccionado el cuarto ahí sí ponderar los factores del artículo 61° e individualizar la pena, (...). (Corte Suprema de Justicia colombiana, Sala de Casación Penal (2006), Tutela 1ª. instancia N° 24868, pp. 14/16-17)

Al final la Sala Penal, casó la resolución impugnada, porque se había afectado el debido proceso. Además ya se citó otro caso en el capítulo I de la presente tesis (ver Nota 130 de la presente tesis).

los cuartos (segundo y tercer) medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y observará la preponderancia de las mismas, y dentro del último cuarto (superior) cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva genéricas. (Figuerola, 2008, “Ámbito de movilidad de la pena”, párr. 1)⁽⁵¹³⁾

Este sistema de cuartos obliga al órgano jurisdiccional a observar cada una de los criterios y circunstancias establecidas en el proyecto de Código Penal, así como, a motivar detalladamente la configuración de las circunstancias en cada caso particular. La metodología del sistema de cuartos difiere de la del sistema de determinación judicial, regulada en el Código Penal de 1991 (antes y después de su modificatoria, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), en este el órgano jurisdiccional debe (o debería) realizar una ponderación de las circunstancias (concurrentes) y sopesarlas. En tal sentido el autor Aldo Figuerola (2008) señala: “Con ello **el juicio de determinación** de la pena [el juez tiene que explicar cada uno de los pasos para determinar la pena aplicable] es más controlable. El juez debe ir razonadamente señalando punto por punto si se configura o no se configura la circunstancia agravante o atenuante.” (“Ámbito de movilidad de la pena”, párr. 2).⁽⁵¹⁴⁾ El mismo autor también señala, en el mismo párrafo: “Tan importante es la exigencia de motivación en la declaración de responsabilidad [penal], como en el juicio de determinación de la pena.”

(513) Así se señala en el Anteproyecto de Código Penal 2004:

El “Sistema de los Cuartos”, que constituyen reglas obligatorias para que el juez [penal] se guíe cuando concurren las circunstancias agravantes o atenuante[s], o ambas [a la vez] (ámbito de movilidad de la individualización de la pena, artículo 49°). Para ello se divide el marco punitivo de la pena conminada de cada tipo penal en cuartos fraccionados.

Fijado los cuartos, se atenderán en el caso concreto qué circunstancias han concurrido. (Comisión Especial Revisora del Código Penal, 2004, pp. 15-16)

(514) Lo que está entre corchetes es ajeno al texto transcrito.

La inclusión del sistema de cuartos en el Anteproyecto de Código Penal 2004, que se dio en el contexto de reforma del Código Penal de 1991, fue precedida por debates en el Congreso de la República por parte de las respectivas comisiones (p. ej., la creada por Ley N° 27837 del 4 de octubre de 2002); se discutió mucho respecto de la inclusión o no de determinados criterios y circunstancias de atenuación o de agravación de la pena, así como de la acepción o significado que debe tomar los criterios y circunstancias incluidos en el mencionado Anteproyecto de Código Penal, con la finalidad de evitarse problemas en el momento de la graduación de la pena, por parte del órgano jurisdiccional.

Este sistema tampoco es estricto, toda vez que el órgano jurisdiccional puede graduar la pena, en el caso concreto, fuera de los cuartos, esto es, por debajo del cuarto mínimo o por encima del cuarto (superior) máximo, y dependiendo de la concurrencia de determinadas circunstancias calificadas y/o privilegiadas, que modifican los límites mínimos y máximos (de la pena conminada del respectivo delito), el órgano jurisdiccional graduará la pena bajo determinadas reglas. Así, por ejemplo, el artículo 61° del Código Penal colombiano prevé lo siguiente: si la pena aumenta o disminuye en una proporción determinada, la pena se graduará en función al límite mínimo o al máximo de la pena básica.⁽⁵¹⁵⁾ En el sistema jurídico-penal peruano, el órgano jurisdiccional determinaría la pena por encima del máximo legal fijado para el tipo penal respectivo, esto es, por encima del último cuarto, por ejemplo, cuando existe la agravante calificada de la reincidencia (*V.gr.*, la pena aplicable puede ser aumentada

(515) Este supuesto constituye una de las reglas a aplicarse por el órgano jurisdiccional colombiano en una situación concreta, en el proceso de determinación judicial de la pena. (Véase el artículo 61° del Código Penal colombiano de 2000-Ley N° 599, para mayor información respecto a la determinación de la pena fuera de los límites establecidos por la pena conminada)

en una mitad por encima del máximo legal fijado para el tipo penal o no menos de dos tercios por encima del máximo legal fijado para el tipo penal, según sea el caso) o de la habitualidad (*V.gr.*, la pena aplicable puede ser aumentada hasta un tercio por encima del máximo legal); o, por debajo del mínimo legal o del cuarto mínimo (inferior), por ejemplo, cuando existe la atenuante privilegiada de la confesión sincera (establecida en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales) o la terminación anticipada (beneficio procesal); no obstante, de existir (en este último supuesto) un acuerdo (entre el imputado y la fiscalía respecto de la pena y/o de la reparación civil).⁽⁵¹⁶⁾ Todo dependerá de las circunstancias cualificadas y privilegiadas que concurran en el caso concreto.

De manera que el sistema de cuartos, sí sería una alternativa al esquema *lato sensu* de determinación judicial de la pena existente [ahora, o que ha existido] *ex ante* y *ex post* de la modificatoria, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, del Código Penal, claro, siempre y cuando se realicen determinados cambios al actual Código Penal de 1991, siendo uno de los cambios el criterio cronológico del sistema de penas (p.ej., los años por meses, y que sean múltiplos de cuatro), toda vez que es un sistema más democrático y le permite cierta facilidad al órgano jurisdiccional (y al fiscal penal), en la determinación o graduación de la pena en el caso concreto, ubicar la pena exactamente, en el cuarto respectivo; no obstante, de su aparente complejidad.

(516) Esta situación no está permitida en la legislación colombiana, toda vez que existe la Ley 890 del 2004 (art. 3) que prohíbe expresamente la aplicación del sistema de cuartos, como ámbito de movilidad para órgano jurisdiccional, cuando existe de por medio un preacuerdo o negociaciones entre el Fiscal y el acusado respecto del monto de la sanción jurídico-penal de la pena o cuando existe una aceptación de los cargos imputados por parte del procesado (denominado “terminación anticipada del proceso”, según la legislación penal peruana); por lo que la pena a imponer (al confeso), será la mínima legal o por debajo del cuarto inferior.

Finalizando este subapartado del presente apartado, es necesario señalar que el *sistema de cuartos* de determinación judicial de la pena resultaría más razonable su aplicación, además de lo anteriormente señalado, aun cuando, en el caso concreto, se presente la agravante cualificada de la reincidencia o la atenuante privilegiada de la confesión sincera (art. 161º del CPP del 2004), o alguna otra circunstancia cualificada o privilegiada, si la pena se graduará dentro de los cuartos respectivos y no fuera de estos.

CAPÍTULO VII: ASUNCIÓN DE POSICIÓN PERSONAL RESPECTO A LA DETERMINACIÓN JUDICIAL DE LA PENA Y EL ASPECTO DE LA MISMA COMO ES SU MOTIVACIÓN EN EL PROCESO PENAL PERUANO

1. Concepción de Determinación Judicial de la Pena que se Adoptó en la Elaboración de la Presente Tesis

1.1 Desde la Perspectiva Teórica

La concepción de determinación judicial de la pena que se adoptó en la presente tesis es como, de manera general (*lato sensu*), el conjunto de actividades debidamente sistematizados y ordenados que realiza el órgano jurisdiccional (juez o tribunal penal) en el proceso de determinación de las consecuencias jurídicas luego de haber determinado la responsabilidad jurídico-penal del procesado, en el caso concreto, siendo una de estas, la determinación de la pena aplicarse por el órgano jurisdiccional y que consiste en evaluar y decidir funcionalmente sobre el tipo, extensión y el modo de ejecución de la pena o consecuencia accesorio que resulten aplicables al caso; y que estrictamente consiste en identificar de cualitativo y cuantitativo la pena (privativa de libertad) a imponerse al procesado (acusado), tomando en consideración todos los criterios y circunstancias de determinación de la pena, presentes en el caso concreto.

No está demás precisar que la determinación o graduación judicial de la pena se da en el tercer momento más importante (la cúspide, Jescheck, 1993) del proceso de determinación de la responsabilidad jurídico-penal del procesado; es decir, luego de

haber superado los 2 momentos, esto es, de la verificación de la tipicidad formal (subsunción de la conducta en el tipo penal respectivo), apreciación de los elementos probatorios y destrucción de la presunción de inocencia (la prueba); y, finalmente terminar en el tercer momento, la determinación de las consecuencias jurídicas, siendo una de estas la determinación judicial de la pena (véase el capítulo I: 3 de la presente tesis). Así, se señala una de las tantas jurisprudencias que existen en doctrina jurisprudencial penal: la determinación judicial de la pena o individualización judicial de la pena es una actividad que “se realiza al final del proceso; es decir, una vez que se han actuado y contradicho las pruebas, sobre esa base el Juez [*Sic*] considera el hecho acusado como típico antijurídico y culpable (...)” (Corte Suprema, Sala Penal Permanente, Casación N° 14-2009, 5 de febrero, 2010, p. 296)

1.2 Desde la Perspectiva Práctica o Técnica

La concepción teórica o doctrinaria que se adoptó en la elaboración de la presente tesis, sobre la determinación judicial de la pena, se concretiza en un procedimiento técnico y valorativo que se relaciona con la tercera decisión más importante que tiene que adoptar el órgano jurisdiccional en el caso concreto, luego de haber realizado la verificación de la tipicidad formal de la conducta (primera decisión) y haber realizado la actuación probatoria (segunda decisión), con la consiguiente destrucción de la presunción de inocencia del acusado; y que es realizado funcionalmente por el órgano jurisdiccional, a través de un proceso dinámico, en 2 etapas principales que, a su vez, son secuenciales (según la jurisprudencia penal), pero que en realidad son 3 etapas claramente definidas (posición personal del investigador). Así, esta la primera etapa, la identificación de la pena básica, que consiste (básicamente) en la verificación del

mínimo y máximo de la pena conminada aplicable al delito, la pena básica mínima y máxima es definida por el legislador en la ley penal (en la Parte Especial del Código Penal), a veces uno de los extremos de la pena conminada no se señala expresamente en el respectivo tipo penal, el órgano jurisdiccional tiene que definir la pena básica (el extremo ausente) recurriendo al artículo 29° del Código Penal; y la segunda y última etapa, es la individualización de la pena concreta por parte del órgano jurisdiccional, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, que es la que aparece en la sentencia penal condenatoria, se evalúa, para ello, diferentes circunstancias (objetivas y subjetivas) como las contenidas en los artículos 46°, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46-E del Código Penal y que estén presentes en el caso penal (las circunstancias concurrentes, entre estas las modificativas de responsabilidad penal), en general las circunstancias del ordenamiento jurídico-penal en su conjunto; y, claro, también tomará en cuenta las normas (de naturaleza política-ideológica) que operativizan, no de manera suficiente, las circunstancias y criterios como los del artículo 45° del mencionado Código punitivo; aquí se realiza, como se observa en esta última etapa, la instrumentalización de las circunstancias genéricas (atenuantes y agravantes), específicas y cualificadas, que estén presentes en caso concreto, y de esta manera se obtiene una pena concreta (final) graduada. (Véase el capítulo III, apartado 2 de la presente tesis)

Resulta conveniente precisar respecto a esta segunda etapa del proceso de determinación judicial de la pena, que se consideró (posición personal del investigador) una tercera etapa claramente definida y delimitada y que consiste, en la verificación sistemática y sistematizada (con sopesación) de los criterios y circunstancias presentes en el caso (penal) concreto, pero referidos a las modificativas de responsabilidad penal –como, por ejemplo, la tentativa regulado en el artículo 16° del Código Penal o cualquier otra circunstancia del ordenamiento jurídico-penal en su conjunto–, juntamente

con las otras circunstancias genéricas (atenuantes y agravantes) –como, por ejemplo, las circunstancias del artículo 46° del Código Penal–, y las circunstancias específicas, ambas debidamente sistematizadas (y sopesadas), y a esto se le denomina instrumentalización de las circunstancias concurrentes, bajo criterios de compatibilidad de circunstancias y compensación de los efectos circunstanciales; y finalmente se obtiene una pena concreta (final) graduada por el órgano jurisdiccional.

La acepción (definición) práctica o técnica, dinámica y funcional, de la determinación judicial de la pena descrita en los párrafos precedentes es la que se aplicó (y verificó) en el análisis de las 225 sentencias condenatorias, y otros actuados, (en expedientes del 2010 y 2011) en los 13 juzgados penales (4°. Juzgado, 18°. Juzgado, 24°. Juzgado, 28°. Juzgado, 32°. Juzgado, 34°. Juzgado, 38°. Juzgado, 44°. Juzgado, 45°. Juzgado, 49°. Juzgado, 50°. Juzgado, 51°. Juzgado y 52°. Juzgado) y 4 sala penales (1ª. Sala, 2ª. Sala, 3ª. Sala y 4ª. Sala), ambas jerarquías o niveles para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima, en el Distrito Judicial de Lima.

2. Abordamiento Metodico-Funcional del Problema (Situación Problemática)

2.1 Aspectos que se Tomó en Consideración en el Abordamiento de la Determinación Judicial de la Pena.

El abordamiento del primer problema de la presente tesis, esto es, si existe una adecuada graduación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, problema que ya fue solucionado, fue abordado, primero, estableciendo en forma sistematizada un sólido marco teórico que comprende los principales institutos jurídico-penales relacionados a

la determinación judicial de la pena, así como los principios jurídico-penales que intervienen en la operativización de este instituto jurídico-penal, se hace un análisis (evolutivo) de este instituto jurídico-penal en la normatividad de los códigos penales hasta el actual Código vigente, no solo en el peruano sino, en el Derecho comparado, se asume una teoría de la pena (como fundamento) el mismo que es ecléctico (dialéctico) del autor Claus Roxin, la pena se gradúa no solo con fin de compensación (retribución de carácter neutral) sino, también con fin preventivo;⁽⁵¹⁷⁾ de teoría de la determinación judicial de la pena, como la teoría alemana del ámbito (libre) de juego (*spielraumtheorie*), de culpabilidad distinta a la de la teoría del delito, en la determinación judicial de la pena (posición compartida con el autor antes citado) y, por supuesto, una concepción de determinación judicial de la pena (expuesta en el primer apartado del presente capítulo) y, no está demás mencionar que, también de Derecho Penal, esto es, un Derecho Penal positivo integrado y en proceso de constitucionalización, una suerte de Derecho Penal postpositivista (Véase los capítulos I, III, V y VI de la presente tesis); segundo, recopilando (en forma sistematizada) información de la muestra (final) seleccionada, específicamente expedientes judiciales (225 sentencias condenatorias y otros actuados) del 2010 y

(517) A propósito aquí cabe formularse una interrogante: en qué medida debe atender el órgano jurisdiccional, en el caso concreto, a los criterios o “teorías” (de los fines) de la pena en el momento de la determinación de la pena; esto es, al criterio preventivo general (positivo o negativo), preventivo especial (positivo o negativo) o a la culpabilidad (“triángulo mágico de la determinación de la pena”, Zipf). (Mir, 1996, p. 746). La posición personal del investigador al respecto es que el órgano jurisdiccional atenderá al criterio predominante, y ello lo definirá las circunstancias del caso en concreto, que incluye la situación personal del procesado (delincuente).

2011, sobre casos de los delitos antes mencionado, y dentro de esta se tomó en consideración (desde una perspectiva valorativa) la observancia o no, por parte del órgano jurisdiccional, de criterios y circunstancias, elementos o factores, regulados en los artículos 45° (normas operativas de naturaleza política-ideológicas) y 46° (circunstancias genéricas), entre otros del Código Penal; así como, de otros criterios establecidos en el ordenamiento jurídico-penal en su conjunto (p. ej., la confesión sincera del artículo 136° del Código de Procedimientos Penales), y la instrumentalización de estos criterios y circunstancias, en el proceso funcional de la determinación de la pena. Todo esto se realizó con la finalidad de lograr los objetivos establecidos en el proyecto de la presente tesis.

Finalmente (tercero), la información recabada fue debidamente analizada y procesada en una computadora personal (PC) mediante el programa informático *Excel* (2010) complementado con el programa *Eviews* 8, que facilita el manejo de la técnica de la Econometría, específicamente el modelo Tobit censurado normal, y tabulada en tablas y representado en figuras (barras y poligonales); obteniéndose de esta manera, un resultado que fue contrastado con la hipótesis de este problema. (Véase el capítulo IV de la presente tesis)

No está por demás repetirlo, todo esto se dio en el proceso de determinación de la pena por parte del órgano jurisdiccional, es decir, en las 2 etapas (principales) secuenciales. Primera etapa, la identificación de la pena básica, que consiste (básicamente) en la verificación del mínimo y máximo de la pena conminada aplicable al delito, la pena básica mínima y máxima es definida por el legislador en la ley penal (en la Parte Especial del Código Penal), a veces uno de los extremos de la pena conminada no se señala expresamente en el respectivo tipo penal, el órgano jurisdiccional tiene que definir la pena básica (el extremo ausente) recurriendo al

artículo 29° del Código Penal. Y la segunda y última etapa, es la individualización de la pena concreta por parte del órgano jurisdiccional, entre el mínimo y el máximo de la pena básica, que es la que aparece en la sentencia penal condenatoria, se evalúa, para ello, diferentes circunstancias (objetivas y subjetivas) como las contenidas en los artículos 46°, 46°-A, 46°-B, 46°-C, 46°-D y 46°-E del Código Penal y que estén presentes en el caso penal (las circunstancias concurrentes, entre estas las modificativas de responsabilidad penal), en general las circunstancias del ordenamiento jurídico penal en su conjunto; y, claro, también tomará en cuenta las normas (de naturaleza política-ideológica) que operativizan, no de manera suficiente, las circunstancias y criterios, como las del artículo 45° del mencionado Código punitivo, y que aquí se realiza, como se observa en esta última etapa, la instrumentalización de las circunstancias genéricas (atenuantes y agravantes), específicas y cualificadas (de naturaleza penal o procesal⁽⁵¹⁸⁾), que estén presentes en el caso concreto, y de esta manera se obtiene una pena concreta (final) graduada. (Véase el capítulo III, apartado 2 de la presente tesis)

Respecto a esta última etapa, resulta también volver a mencionar, que según criterio personal del investigador, se consideró que existe, realizando una disquisición

(518) Las circunstancias de naturaleza procesal penal, denominado también “beneficios procesales”, siempre reducen el quantum de la pena a imponerse al procesado y son, valga la redundancia, circunstancias que modifican la responsabilidad penal. Así, por ejemplo, tenemos al instituto de la Terminación Anticipada de la instrucción (por la aceptación de cargos) o la colaboración eficaz, ambos institutos están regulados, ahora, en el Código Procesal Penal de 2004. Para los autores Fernando Velásquez et al. (2015), la aplicación de las circunstancias de naturaleza procesal como el “preacuerdo” (entre la Fiscalía y el imputado) y el “allanamiento” (aceptación unilateral de cargos), regulados en el Código de Procedimiento Penal de Colombia de 2004 (Ley N° 906 del 31 agosto de 2004), se da al final, en el cuarto nivel, de la determinación judicial de la pena. En el sistema jurídico peruano, se da a nivel de la segunda y última etapa en el proceso de determinación judicial de la pena a la que se denominó, “tercera etapa” de la determinación judicial de la pena.

teórica, 3 etapas (como regla general) claramente definidas y delimitadas, que son secuenciales, y que aquí solo se precisará esta última etapa, y consiste en la verificación sistemática y sistematizada (y sopesación) de los criterios y circunstancias presentes en el caso (penal) concreto, pero referidos a las modificativas de responsabilidad penal –como, por ejemplo, la tentativa del artículo 16° del Código Penal o cualquier otra circunstancia del ordenamiento jurídico-penal en su conjunto (p. ej., la confesión sincera del art. 136° del C de PP)–, juntamente con otras circunstancias genéricas (atenuantes y agravantes) –como, por ejemplo, las circunstancias del artículo 46° del Código Penal–, y las circunstancias específicas, ambas debidamente sistematizadas (y sopesadas), y a esto se le denomina “instrumentalización de las circunstancias concurrentes”, bajo criterios de compatibilidad de circunstancias y compensación de los efectos circunstanciales; y finalmente se obtiene una pena concreta (final) graduada por el órgano jurisdiccional.

En las 225 sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas, sobre casos de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado (asesinato y parricidio) regulados en el Código Penal, si bien el órgano jurisdiccional señalaba, en la sentencia penal condenatoria respectiva, el delito cometido, el tipo penal en su modalidad agravada (p. ej., en el robo por el concurso de dos o más personas) y la respectiva pena conminada; sin embargo, ello no significa que el órgano jurisdiccional haya seguido las 2 etapas o fases (3, según criterio personal del investigador) que implica la determinación funcional de la pena en el caso concreto, sobre todo en la segunda etapa (tercera etapa, según el criterio personal del investigador), evidenciándose ello, principalmente, en la no observancia de criterios y circunstancias importantes presentes en el caso concreto y en la no instrumentalización de los criterios y circunstancias observados, bajo criterios de compensación de circunstancias y de compatibilidad de efectos circunstanciales, o

cualquier otro criterio idóneo que permita una adecuada graduación judicial de la pena. Sucediendo ello en la mayoría de las sentencias condenatorias analizadas (en 217 de 225 sentencias) sobre casos de los delitos antes mencionado; mientras, en una minoría de las sentencias condenatorias, esto es, en 8 de las 225 sentencias analizadas (4 sentencias en expedientes del 2010 y otras 4 sentencias, en expedientes del 2011), el órgano jurisdiccional sí siguió las 2 etapas antes mencionada (o 3 etapas, según criterio personal del investigador) y no solo esto, sino observó los criterios y circunstancias que estaban presentes (concurrentes) en el caso concreto y las instrumentalizó adecuadamente.

En el procedimiento de graduación judicial de la pena en las sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas (expedientes del 2010 y 2011), el órgano jurisdiccional, aparte de no seguir las etapas que implica el proceso de determinación funcional de la pena, sobre todo la segunda etapa (o tercera, según criterio personal del investigador), y de no observar criterios importantes que estaban presentes en el caso concreto y no instrumentalizarlos,⁽⁵¹⁹⁾ realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas (estaban previstas al sancionar el tipo penal respectivo o que estas sean elementos constitutivos del delito respectivo) en 13 de las 116 sentencias condenatorias analizadas (9 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, ninguna sentencia en el delito de violación sexual de menor de edad y 4 sentencias en los delitos de homicidio calificado, en los 87 expedientes del 2010); así como, en 25 de las 116 sentencias condenatorias antes mencionada (18 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, 4 sentencias en el delito de violación sexual de menor de edad y 3 sentencias en los delitos de homicidio

(519) Esto último se puede observar en las tablas subtitulado, como “criterios observados y no observados ...” en los respectivos delitos y años (Véase el capítulo IV, apartado 2 de la presente tesis).

calificado, en expedientes del 2010), interpretó inadecuadamente los criterios (genéricos) previstos en el artículo 46° del Código Penal, particularmente las condiciones personales del procesado (*V.gr.*, la responsabilidad restringida),⁽⁵²⁰⁾ además de realizar una inadecuada valoración de la confesión sincera prevista en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, sucediendo esto en 35 de las 116 sentencias condenatorias antes mencionado (33 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, 2 sentencias en el delito de violación sexual de edad y ninguna sentencia en los delitos de homicidio calificado, en expedientes del 2010); mientras en los (92) expedientes del 2011, el órgano jurisdiccional en 20 sentencias de las 109 sentencias condenatorias analizadas (19 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, ninguna sentencia en el delito de violación sexual de edad y 1 sentencia en el delito de homicidio calificado), realizó una doble valoración de las circunstancias agravantes específicas (estaban previstas al sancionar el tipo penal respectivo o que estas sean elementos constitutivos del delito respectivo); y en 54 sentencias de las 109 sentencias condenatorias antes mencionado (54 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, ninguna sentencia en el delito de violación sexual de menor de edad así como tampoco, en los delitos de homicidio calificado), interpretó inadecuadamente los criterios (genéricos) previstos en el artículo 46° del Código Penal, particularmente las condiciones personales del procesado (*V.gr.*, la responsabilidad restringida), además de realizar una inadecuada valoración de la confesión sincera, sucediendo esto en 8 de las sentencias antes mencionado (5

(520) Entiéndase por “condiciones personales o circunstancias personales del delincuente”, en sentido amplio comprende no solo a los rasgos sociales sino también, la proyección social de los elementos psicológicos del sujeto o cualquiera otras circunstancias, sea cual fuere su naturaleza, que incidan en la persona del delincuente, ya sean familiares, sociales, ambientales, educativos o de cualquier otro tipo (Arroyo, 1997, p. 190).

sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, 2 sentencias en el delito de violación sexual de menor de edad y 1 sentencia en los delitos de homicidio calificado).

Resaltando un aspecto (problemático) particular, como es la sobrevaloración de criterios o circunstancias atenuantes (privilegiadas), por su eficacia sobre el quantum de la pena, por parte del órgano jurisdiccional, sucediendo esto coincidentemente dentro de las sentencias condenatorias inadecuadamente graduadas de los expedientes de los años respectivos (2010 y 2011). Así, esta situación se dio en 22 sentencias de las 112 sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010, donde existen penas inadecuadamente graduadas; es decir, en 19 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, 1 sentencia en el delito de violación sexual de menor de edad y 2 sentencias en los delitos de homicidio calificado; y en 34 sentencias de las 105 sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2011, donde existen penas inadecuadamente graduadas; es decir, 28 sentencias, en el delito de robo en la modalidad agravada, 4 sentencias en el delito de violación sexual de menor de edad y 2 sentencias en los delitos de homicidio calificado. Este aspecto también se considera que constituye una evidencia, que estaba pasando inadvertidamente, de la existencia de una inadecuada determinación y graduación funcional de la pena por parte del órgano jurisdiccional, en el caso concreto.

Según lo expuesto en los párrafos precedentes de este apartado, se concluye (afirmación) que existe una inadecuada determinación y graduación de la pena, por parte del órgano jurisdiccional, en la mayoría de las sentencias condenatorias –y otros actuados– analizadas de expedientes judiciales (179) del 2010 y del 2011, sobre casos de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, regulados en el Código Penal de 1991; es decir, en 112 de 116

sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2010 y en 105 de 109 sentencias condenatorias analizadas de expedientes del 2011, haciendo un total de 217 sentencias condenatorias. Todo esto se reflejó o manifestó en la existencia de penas desproporcionadas (por exceso o por ínfimas) entendidas como resultado en sentido óntico, y esta conclusión, confirma la primera hipótesis (H1) del primer problema formulado en el proyecto de la presente tesis; no obstante, del resultado que se obtuvo de las preguntas de la encuesta, referida a la determinación judicial de la pena. Es decir, en la mayoría de estos casos existe una inadecuada determinación judicial de la pena (Véase el capítulo IV: 9.1 de la presente tesis). No está demás mencionar que esta confirmación se dio a través de una evaluación epistémica o epistemológica (Taruffo, 2010).

Finalizando esta primera cuestión de la presente tesis, a título de recuento y complemento *prima facie*, se puede afirmar que para obtener la conclusión antes mencionada, la misma que confirma la primera hipótesis (H1) del primer problema formulado en el proyecto de tesis, además se utilizó uno de los modelos (prácticos) de la Econometría, esto es, el Modelo Tobit Censurado Normal o simple, que pertenece al campo de la disciplina científica de la Economía. Este modelo econométrico facilitó la obtención del resultado antes mencionado, a través del programa informático *Eviews* 8, además del programa *Excel* 2010 (véase el capítulo IV, apartados 1 y 2 de la presente tesis). Aquí, resulta conveniente precisar que, si bien se empleó un modelo de la Econometría (el Tobit Censurado Normal o simple), ello no significa que se esté a favor que la pena se determine o gradúe a través de este modelo econométrico, o en general de algún otro modelo de la Economía o de las matemáticas, que por cierto es bastante eficiente; sino, que se empleó porque es un modelo informático nuevo (facilita la gestión de la información, reduce las complejidades), por ende, es el medio

más idóneo para demostrar y comprobar (verificar) la hipótesis (respuesta probable) de este (primer) problema formulado en el proyecto de la presente tesis, esto es, si existe una adecuada graduación de la pena en las sentencias condenatorias dictadas por los jueces de los juzgados y salas penales de Lima en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado. De igual manera se hizo con la hipótesis (H2) del segundo problema que está relacionado a la determinación judicial de la pena, esto es, cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena, en las mismas sentencias condenatorias que se analizó. A propósito, el modelo empleado en la obtención del resultado (final), pronostica no solo el comportamiento de los jueces (penales) en una determinada situación, como es el procedimiento de graduación de la pena en un caso concreto, sino una pena (probable) a imponerse a un determinado procesado, tomando en consideración información relacionado a la determinación judicial de la pena en un caso concreto; es decir, los criterios y circunstancias (agravantes y atenuantes, genéricas, específicas, o cualificadas o no) presentes en el caso concreto, la pena conminada de los delitos de las sentencias analizadas, principalmente ello; pues, este modelo trata tanto con información cuantitativa como con información cualitativa. La información cualitativa se empleó como variable independiente básicamente, la información cuantitativa se empleó como variable dependiente (p. ej., la pena predicha o probable). (Véase el capítulo IV de la presente tesis)

2.2 Aspectos que se Tomó en Consideración en el Abordamiento de la Motivación de las Sentencias Condenatorias Analizadas, en el Extremo de la Determinación Judicial de la Pena.

El segundo problema de la presente tesis, ya solucionado, está estrechamente relacionado con la graduación o determinación judicial de la pena (primer problema solucionado) y tiene que ver con la motivación de la sentencia penal (condenatoria), pero en el extremo de la determinación de las consecuencias jurídicas del hecho punible (delito) cometido, por el órgano jurisdiccional, específicamente de la determinación judicial de la pena en el caso concreto; y trata de conocer cuál es la consecuencia principal de la ausencia de motivación adecuada de las sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena, en delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado; motivación, entendida como aquellos criterios adoptados por el órgano jurisdiccional en la justificación y fundamentación (motivación) de la graduación de la pena, y que la misma implica realizar un razonamiento lógico-jurídico coherente y, sobre todo, consistente (suficiente) de dichos criterios, en el caso concreto.

El problema antes mencionado fue abordado en forma sistematizada, al igual que el primer problema, y consiste, primero, se estableció una definición sólida de motivación de la determinación judicial de la pena, los vicios o defectos (*in iudicando* o *in procedendo*) que se pueden observar en el razonamiento jurídico del operador jurídico (p. ej., el órgano jurisdiccional), la motivación aparente, motivación insuficiente, motivación incoherente y falta de corrección lógica, plasmada en la resolución judicial, particularmente en la sentencia penal condenatoria; el control de estos vicios o defectos a nivel de Poder Judicial (p. ej., vía recurso de casación o nulidad) o a nivel del Tribunal Constitucional (p. ej., vía proceso de amparo), con la finalidad de que estos defectos sean subsanados, por ende, exista una adecuada motivación de la determinación judicial de la pena; segundo, todos estos conceptos se aplicó, dentro de la sentencia penal condenatoria, al extremo de la determinación judicial de la pena (una consecuencia jurídica por el delito cometido), y por ello se le

denominó motivación de la determinación judicial de la pena; y tercero, ya en la investigación de campo, se recabó información relacionada a la motivación de la determinación judicial de la pena, en la misma muestra antes mencionada así como de los mismos delitos; es decir, 225 sentencias penales condenatorias (firmes) analizadas, que equivalen a 179 Expedientes (87 del 2010 y 92 del 2011), sobre delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, en los 13 juzgados y 4 salas penales, ambos jerarquías para procesos con reos en cárcel de la Corte Superior de Justicia de Lima.

La información que se recabó fue en el mismo instrumento en que se recabó la información de la determinación judicial de la pena, esto es, en el cuaderno A4, donde se plasmó información que tenía que ver, concretamente, de cuántas de las sentencias condenatorias analizadas, en los respectivos expedientes (del 2010 y 2011), tienen motivación aparente, motivación insuficiente y motivación incoherente y falta de corrección lógica y, por supuesto, también de motivación razonablemente adecuada; así como, cuántas de estas mismas sentencias fueron impugnadas (válidamente) por el recurrente correspondiente, específicamente declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente, esta última, porque es una variable dependiente de la adecuada o no motivación de las sentencias condenatorias; para, así llegar a la solución de esta situación problemática. (Véase el capítulo IV, apartados 5, 6, 7, 8 y 9 de la presente tesis). Toda esta información recabada, en forma sistematizada, fue procesada a través de medios informáticos, como el *Eviews* 8 (facilita la utilización de las técnicas de la Econometría), sobre todo el *Excel* 2010, con la finalidad de obtener un resultado (información con valor agregado) que permita conseguir y alcanzar los objetivos de la presente tesis.

Los resultados que se obtuvieron, tras el procesamiento informático de la

información referida a la [consecuencia principal de la] ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena, son los siguientes: en el primer aspecto (motivación razonablemente adecuada, motivación aparente, motivación insuficiente y motivación incoherente y falta de corrección lógica), en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010 (equivalente a 87 expedientes), 7 tienen motivación razonablemente adecuada (de las cuales 5 son del delito de robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de homicidio calificado-asesinatos y ninguno del delito de violación sexual de menor), 74 tienen motivación aparente (de las cuales 58 son del delito de robo en la modalidad agravada, 11 del delito de violación sexual de menor de edad y 5 son de los delitos de homicidio calificado [4 asesinatos y 1 parricidio]), 35 tienen motivación insuficiente (de las cuales 30 son del delito de robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de menor de edad y 3 son de los delitos de homicidio calificado [2 asesinatos y 1 parricidio])⁽⁵²¹⁾ y ninguna de estas sentencias analizadas tiene motivación incoherente y falta de corrección lógica; mientras en las sentencias condenatorias de expedientes del 2011 (equivalente a 92 expedientes), 11 tienen motivación razonablemente adecuada (de las cuales 7 son del delito de robo en la modalidad agravada, 1 es del delito de violación sexual de menor de edad y 3 son de los delitos de homicidio calificado (2 asesinato y 1 parricidio)), 58 tienen motivación aparente (de las cuales 51 son del delito de robo en la modalidad agravada, 6 son del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado-parricidio), 37 tienen motivación insuficiente (de las cuales 34 son del robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado-parricidio) y 3 tienen motivación incoherente y falta

(521) Estos 2 defectos o vicios de motivación (de la determinación judicial de la pena), se observó a nivel de la premisa fáctica mas que en la premisa normativa, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional.

de corrección lógica (de las cuales 1 es del robo en la modalidad agravada, 1 es del delito de violación sexual de menor de edad y 1 es del delito de homicidio calificado-asesinato);⁽⁵²²⁾ y, por último, en el segundo aspecto, esto es, el número de sentencias impugnadas (válidamente) que fueron declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente, así como los otros estados jurídicos de estas sentencias (confirmada o no nula y revocada);⁽⁵²³⁾ en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010, esto es, 52 sentencias condenatorias (equivalente a 41 expedientes), 41 tienen el estado jurídico de confirmadas o no nulas (de las cuales 32 son del delito de robo en la modalidad agravada, 3 son del delito de violación sexual de menor de edad y 6 son de los delitos de homicidio calificado), 11 tienen el estado jurídico de nulas (de las cuales 6 son del delito de robo en la modalidad agravada, 5 son del delito de violación sexual de menor de edad y ninguna (sentencia) son de los delitos de homicidio calificado) y ninguna de estas sentencias impugnadas tiene el estado jurídico de revocada; mientras en las sentencias condenatorias de expedientes del 2011, esto es, 14 sentencias condenatorias (equivalente a 12 expedientes), 9 tienen el estado jurídico de confirmadas o no nulas (de las cuales 4 son del delito de robo en la modalidad agravada, 3 son del delito de violación sexual de menor de edad y 2 son de los delitos de homicidio calificado), 5 tienen el estado jurídico de nulas (de las cuales 3 son del delito de robo en la modalidad agravada, 2 son del delito de violación sexual de

(522) Al igual que en las sentencias condenatorias de expedientes del 2010, en las sentencias condenatorias de expedientes del 2011, también existe los mismos defectos o vicios, pero existe un vicio más, que es la motivación incoherente y falta de corrección lógica), o sea, existen 3, y también se dio a nivel de la premisa fáctica mas que en la premisa normativa, dentro del razonamiento silogístico del órgano jurisdiccional.

(523) Las sentencias penales condenatorias que fueron válidamente impugnadas ante el órgano jurisdiccional correspondiente, tanto en expedientes del 2010 como en expedientes del 2011, fueron 66 de las 225 sentencias penales, que equivalen a 53 expedientes del 2010 y 2011.

menor de edad y ninguna (sentencia) son de los delitos de homicidio calificado) y ninguna de estas sentencias impugnadas tienen el estado jurídico de revocada.

Según el párrafo precedente se colige que, en el primer aspecto (motivación), la mayoría de las sentencias condenatorias analizadas, tanto en los expedientes del 2010 como en los expedientes del 2011, tienen motivación aparente (74 sentencias de expedientes del 2010 y 58 sentencias de expedientes del 2011) e insuficiente (35 sentencias de expedientes del 2010 y 37 sentencias de expedientes del 2011), a nivel de la premisa fáctica; y en el segundo aspecto (impugnación), la mayoría de estas mismas sentencias condenatorias, que fueron impugnadas (válidamente), tanto en los expedientes del 2010 como en los expedientes del 2011, tienen el estado jurídico de confirmadas o no nulas (41 sentencias de expedientes del 2010 y 9 sentencias de expedientes del 2011), mientras que una minoría de estas sentencias tienen el estado jurídico de nulas (11 sentencias de expedientes del 2010 y 5 sentencias de expedientes del 2011), en tanto que, ningunas (de las mismas) tienen el estado jurídico de revocadas, sea en los expedientes del 2010 o en expedientes del 2011.

Se puede concluir que, según las sentencias penales condenatorias de expedientes del 2010 y del 2011, que fueron impugnadas válidamente (66 de las 225 sentencias condenatorias), sobre de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, no es una mayoría de estas sentencias que tienen el estado jurídico de nulas (11 sentencias de expedientes del 2010 y 5 sentencias de expedientes del 2011); sin embargo, esta conclusión (consecuencia) extraída no se condice, a criterio personal del investigador, con lo que realmente se observa de manera objetiva en la muestra seleccionada (las 225 sentencias condenatorias de expedientes del 2010 y del 2011), siendo esta que, la mayoría tienen una motivación aparente (74 sentencias de expedientes del 2010 y 58 sentencias de expedientes del 2011) e

insuficiente (35 sentencias de expedientes del 2010 y 37 sentencias de expedientes del 2011), observándose esto a nivel de la premisa fáctica, por lo consiguiente, existe una consecuencia (resultado) contradictoria. Esto fue confirmado, al igual que el anterior resultado del primer problema formulado en el proyecto de la presente tesis, a través de una evaluación epistémica o epistemológica (Taruffo, 2010).

La conclusión (consecuencia) extraída controvierte la segunda hipótesis (H2) del segundo problema formulado en el proyecto de la presente tesis; es decir, la mayoría de casos analizados (sentencias penales condenatorias), sobre delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, sea en expedientes del 2010 o en expedientes del 2011, no fueron declaradas nulas pese a que la mayoría de estas sentencias analizadas (225), tienen motivación aparente (en la premisa fáctica); por lo consiguiente, este resultado obtenido no incide ni incidiría, al menos de manera directa, en la irracionalidad de la pena privativa de libertad, lógicamente existiría y existe una adecuada motivación de las sentencias penales condenatorias analizadas, y no habría (y no existe) consecuencia alguna, en el extremo referido a la determinación judicial de la pena, concordando esta posición con el resultado de la pregunta de la encuesta, referida a este aspecto importante de la determinación judicial de la pena. (Véase el capítulo IV: 9.1 de la presente tesis).

Finalmente, concluyendo este extremo del segundo apartado del presente capítulo, se puede precisar, que no está por demás señalar que una pena estará adecuadamente determinada o graduada, en el caso concreto, cuando el órgano jurisdiccional observa funcionalmente las etapas (2) secuenciales del proceso de determinación judicial de la pena (la identificación o verificación de la pena básica y la individualización de la pena concreta), y dentro de esta observe todos los criterios y circunstancias (genéricas y específicas) que estén presentes en el caso concreto, así como, las circunstancias

modificativas de la responsabilidad penal; las instrumentalice y pondere adecuadamente, de acuerdo a criterios de compatibilidad de circunstancias y de compensación de efectos circunstanciales (una tercera etapa, según criterio personal del investigador). Así lo exige el sistema jurídico de la determinación judicial de la pena, el artículo 46º, entre otros del Código Penal, el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, entre otros; a propósito es de carácter vinculante, en la praxis judicial, para el órgano jurisdiccional (antes de la modificatoria de este sistema, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013).⁽⁵²⁴⁾ Y no puede pasar desapercibido, una cuestión importante que se logró observar en las sentencias condenatorias analizadas, que es la existencia de una sobrevaloración de circunstancias atenuantes privilegiadas concurrentes en el caso concreto (56 de las 225 sentencias condenatorias), pues el órgano jurisdiccional las debe evitar, con la finalidad de que no existan penas graduadas por debajo del grado de culpabilidad por hecho cometido, toda vez que no resocializan al condenado. Asimismo, una motivación (razonablemente) adecuada de la sentencia penal condenatoria, en el extremo de la determinación judicial de la pena, referida a la adopción de criterios por el órgano jurisdiccional en la justificación y fundamentación de la graduación de la pena, y que la misma implicar realizar un razonamiento lógico-jurídico coherente y, sobre todo, consistente (suficiente) de dichos criterios en el caso concreto; y en caso de no concurrencia de circunstancias agravantes ni circunstancias atenuantes en el caso concreto, estas más aún deben ser razonados en el precitado extremo de la sentencia penal condenatoria.

(524) Ahora, después de la modificatoria, mediante la precitada Ley, las etapas están reguladas en el artículo 45-A (párrafo tercero) del Código Penal vigente, así como los criterios y circunstancias (véase el capítulo VI, apartados 4 y 5 de la presente tesis).

3. Posición Personal Respecto a la Operatividad Funcional del Esquema de Determinación Judicial de la Pena desde la Perspectiva de los Resultados Obtenidos.

La posición personal del investigador respecto a la operatividad funcional del esquema *strictu sensu* de determinación judicial de la pena, que fue modificado, de alguna manera, con la introducción del sistema de tercios de este instituto jurídico-penal, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal de 1991, teniendo como tópico los resultados obtenidos, después de haber analizado de manera objetiva 225 sentencias condenatorias y otros actuados (de expedientes del 2010 y del 2011) de delitos graves (p. ej., el delito de robo en la modalidad agravada) y no de cualquier delito, es discrepante, de manera *a priori*,⁽⁵²⁵⁾ de la buena intención que tuvo el legislador (penal) peruano con la precitada Ley; ya que, no es suficiente la regulación de las etapas o fases para la determinación de la pena en el caso concreto, así como la clasificación que se realiza de las circunstancias atenuantes y circunstancias agravantes y la fijación de unas reglas, que no coadyuvan a una plena instrumentalización de los criterios y circunstancias presentes (concurrentes) en el caso concreto, sobre todo cuando las circunstancias concurrentes son privilegiadas o cualificadas; sino, que los criterios y circunstancias regulados en el artículo 46° (actual⁽⁵²⁶⁾) del Código Penal, crearían confusión en el órgano jurisdiccional en el momento de la graduación de la pena, no solo porque son numerosos, sino, porque muchos de estos ya están regulados (previstos),

(525) Esto, porque en estas sentencias no se aplicaba aún, no estaba vigente en ese momento la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, Ley que introduce y regula un nuevo esquema de determinación judicial de la pena, esto es, el sistema de tercios.

(526) A propósito este artículo fue nuevamente modificado mediante Decreto Legislativo N° 1323 del 6 de enero de 2017, se desarrolla los supuestos del literal d) del numeral 2. Asimismo, el mencionado artículo antes fue modificado mediante Decreto Legislativo N° 1237 del 26 de setiembre de 2015 (se adicionó un literal más (n) a las circunstancias agravantes del numeral 2) que, igualmente, modifica otros artículos de la Parte Especial del Código Penal (p. ej., el art. 108-A CP).

sea como parte (conformante) del tipo penal de los delitos regulados en la Parte Especial del mencionado Código punitivo, o, porque no permite distinguir, al menos de manera clara, su naturaleza (su grado de generalidad); siendo una muestra de esto la edad del procesado, regulado en el numeral 8 del artículo 46° del mencionado Código, antes de su modificatoria (actualmente, regulado en el mismo artículo, pero en el literal h), y el artículo 22° del mismo Código, y no se conoce (con certeza) en qué medida atenúan o agravan estos criterios y circunstancias, la pena, aunado a su asistematicidad; y son insuficientes las normas jurídicas que permitan una adecuada (y plena) instrumentalización de las circunstancias presentes en los casos concretos.

Lo mencionado antes, ahora, bajo perspectiva de política criminal, es muy criticable también y basta con señalar, de manera resumida, que existe ausencia de un estudio serio de la normatividad introducida en el Código Penal de 1991 (véase el capítulo VI, apartado 6 de la presente tesis).

Si trasladamos la idea antes expuesta a la muestra seleccionada, esto es, las 225 sentencias condenatorias –y otros actuados– de expedientes del 2010 y 2011, se observaría de manera más clara la inadecuada regulación actual de la normatividad del sistema de determinación judicial de la pena, y su posterior operativización funcional por el operador jurídico-penal (el órgano jurisdiccional); y así se vería (fictamente): la mayoría de las penas graduadas estarían por debajo del tercio inferior, e incluso del mínimo legal, y una cantidad nada despreciable estaría por encima del tercio superior; ya que, en el nuevo modelo determinación judicial de la pena, el espacio punitivo se divide en 3 espacios, tercio inferior, tercio medio o intermedio y tercio superior. (Véase el capítulo VI, apartados 4 y 5 de la presente tesis)

Por lo tanto, bajo este nuevo sistema (de tercios), no se considera, que se determine adecuadamente la pena en el caso concreto, precisamente por lo antes señalado; por lo

que es necesario un sistema de normas jurídicas sistemáticamente coherentes y axiológicamente consistentes, que no se debe entender como una especie de atadura al órgano jurisdiccional al momento de graduar la pena sino, todo lo contrario; ya que, esta no sería producto de una improvisación del legislador (penal) peruano, sino que obedecería a una realidad concreta, que tendría como trasfondo un estudio serio y completo de la realidad peruana.

Ahora bien, para tener una idea clara y completa de este apartado del presente capítulo, es necesario conocer la posición, también de manera *a priori*, que tienen los jueces y fiscales penales encuestados (39) respecto a este nuevo sistema de determinación judicial de la pena (ley de tercios), que influyó, de alguna manera, en el esquema *strictu sensu* de este instituto jurídico-penal, previsto en el Código Penal de vigente. La mayoría de los encuestados (20) están a favor de la regulación de este nuevo sistema (de tercios) de determinación judicial de la pena, frente a otra cantidad considerable de encuestados (15) que están a favor del sistema (tradicional) de determinación judicial de la pena, antes de su modificatoria, mediante Ley N° 30076 del 13 de agosto de 2013. (Véase el capítulo IV, apartados 3 y 4 de la presente tesis).

La posición personal del investigador respecto de la posición de la mayoría de los operadores jurídico-penales encuestados, no está por demás señalar, que no se comparte, de acuerdo, con lo expuesto en los párrafos precedentes.

4. Un Sistema de Determinación Judicial de la Pena desde la Perspectiva del Postpositivismo.

La posición asumida en el punto precedente y en toda la presente tesis, es bajo una concepción del Derecho (perspectiva de la teoría del Derecho), denominado Derecho positivo (formalista), aquel Derecho que se sustenta solo en normas jurídicas (la ley), pero no como un resultado de interpretación de un dispositivo jurídico sino, como

preceptos jurídicos que prohíben, ordenan o permiten hacer algo, y que se aplican del modo “todo o nada”.

En este apartado del presente capítulo se trata de dar un nuevo enfoque al sistema jurídico de determinación judicial de la pena, tanto antes (*ex ante*) de la modificación, de alguna manera, del esquema *strictu sensu* de este instituto jurídico-penal, previsto en el Código Penal de 1991,⁽⁵²⁷⁾ mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013 (denominado “ley de tercios”), como después de la mencionada modificación, pero bajo perspectiva del postpositivismo principalista (un enfoque desde la teoría del Derecho), un Derecho práctico (aplicado).⁽⁵²⁸⁾

Este enfoque, que se basa en una nueva concepción del Derecho, se caracteriza (principalmente), porque el Derecho no solo está formado por reglas, sino, además por principios jurídicos (perspectiva de la estructura del sistema jurídico); se dan no solo relaciones lógicas, sino, además relaciones justificativas (coherencia valorativa); existe una prioridad justificativa de los derechos, esto es, frente a un deber no necesariamente existe un derecho; el Derecho no es solo subsunción, sino, además ponderación, ya que existen principios que pueden entrar en conflicto; el Derecho no solo implica aplicar normas jurídicas, sino, además crear normas (reglas jurídicas); se da la distinción entre validez formal y validez material de las normas jurídicas, esto es, si tiene o no su origen en alguna fuente de Derecho positivo; asimismo, se realiza una distinción entre casos fáciles (el Derecho positivo da respuestas determinadas) y casos difíciles (el Derecho positivo no da respuestas determinadas y por tanto las respuestas son ambiguas); el

(527) Resulta señalar a título de recuerdo, que la presente tesis de inició con el esquema (clásico) antes de la introducción del nuevo modelo o sistema de determinación judicial de la pena, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al Código Penal de vigente, a la que se le denominó “ley de tercios”.

(528) Este apartado del presente capítulo, en realidad, se trata de un complemento, funcionalizado, del capítulo VI, apartado 6 extremos 6.1.C y 6.1.D. de la presente tesis.

Derecho no solo es descriptivo, sino, además comprensivo y reconstructivo del Derecho mismo, práctico y justificativo; y, finalmente, el Derecho es práctico (argumentativo) e implica desarrollar ciertas habilidades (punto de vista académico). (Aguiló, 2007, pp. 123-136; 2008, pp. 16-27; Guastini, 2010, pp. 155-166)

De manera que, el órgano jurisdiccional bajo el enfoque postpositivista del Derecho, en el momento de la determinación o graduación de la pena, deberá tener presente que el Derecho no solo está formado por reglas⁽⁵²⁹⁾ sino también por principios⁽⁵³⁰⁾ que tienen que ser interpretados, con la finalidad que sean adecuadamente aplicados en los casos concretos.

Asimismo, el órgano jurisdiccional se considera, fundadamente, que dispone de más medios para instrumentalizar la normatividad jurídica, tomado como sistema (Roxin, 1998), referido a la determinación judicial de la pena, así como para fundamentar su justificación en la toma de decisiones, como lo es la determinación de la pena en el caso concreto.

Así, el órgano jurisdiccional con perspectiva postpositivista, concretizando más aún la idea, en el proceso de determinación de la pena no solo debe recurrir a los principios jurídicos regulados en el Título Preliminar de la Parte General del Código Penal (véase el capítulo III de la presente tesis) o en el sistema jurídico-penal en general, sino también a otros principios que inspira la idea de dignidad humana,⁽⁵³¹⁾ además de las reglas contenidas en los artículos 45° y 46° del mencionado Código y en el artículo 136° del

(529) Las normas jurídicas, bajo esta concepción del Derecho, son el resultado de un texto normativo o dispositivo jurídico interpretado (Guastini, 2011, pp. 133-156).

(530) Principios, que no solo son meros criterios interpretativos, sino también auténticos mandatos no definitivos a ser optimizados por el operador jurídico (Alexy, 2002). Mientras, la regla [jurídico-penal] son razones para la acción perentorias e independientes del contenido. Son perentorias porque una regla es una razón de primer orden para actuar y una razón de segundo orden para excluir la deliberación; y son independientes del contenido, porque esta exclusión de otras razones no deriva del contenido de la regla, sino del origen de tal regla [p. ej., del legislador]. (Gascón & García, 2003, pp. 256-257)

(531) Principios, que pueden tener su origen en alguna fuente de Derecho positivo (principio positivo de Derecho y principio implícito del Derecho) o una fuente distinto al Derecho positivo y al Derecho natural (principios extrasistémicos del Derecho). Se definen por su contenido.

Código de Procedimientos Penales, entre otras reglas a ser interpretadas razonablemente y que se principalizan de alguna manera (Bayón, 1991, pp. 481-482); ya que, la razón (común subyacente) de las reglas del sistema jurídico de determinación judicial de la pena es la adecuada graduación de la pena (privativa de libertad, limitativa de derechos, restrictivas de libertad o la multa, según sea la situación) en el caso concreto.

El órgano jurisdiccional, en el proceso de determinación de la pena, además debe recurrir a la teoría de la argumentación jurídica, acordes a criterios que sean universalizables, consistentes y coherentes.⁽⁵³²⁾ Todo esto con la finalidad de obtener un resultado adecuado y razonable, es decir, una pena adecuadamente graduada y justa, de acuerdo a criterios generales. Así, por ejemplo, el órgano jurisdiccional con criterio postpositivista, el criterio referido a la edad, prevista en el literal h) del artículo 46° del Código Penal vigente, es distinto a la edad prevista en el artículo 22° del mencionado Código, por lo que tendría –y tiene– distinto efecto atenuatorio, claro, siempre y cuando la edad del procesado oscile entre 18 a 21 años de edad y entre 65 a más años de edad; por

(532) Criterios que sirven para resolver alternativas argumentativas (p. ej., en la motivación de la determinación judicial de la pena); así, un argumento será consistente en la medida que esté acorde con las reglas y principios que el sistema jurídico (de determinación judicial de la pena) reconoce como tales, no incompatibles con las mismas, evitándose de esta manera las antinomias (mismo supuesto con consecuencias jurídicas incompatibles entre sí); coherente, en la medida que el razonamiento esté atento a los valores (implícitos o no) que unifican el sistema jurídico, o en el peor de los casos, sea compatible con el mayor número de principios y valores de este sistema; y universalizable, esto es, el mismo razonamiento sea aplicable a todos los casos (comunes), concretizándose esto en lo siguiente: el mismo razonamiento, previa determinación de las propiedades relevantes del caso, sea aplicable a los casos idénticos y otro razonamiento diferente, sea aplicable a los casos diferentes. No se considera el criterio consecuencialista, ya que resulta un tanto discutible desde el punto de vista epistemológico, que se resumen en que generaría inseguridad jurídica (Gascón & García, 2003, pp. 174-181).

lo tanto, este último tiene mayor efecto atenuatorio;⁽⁵³³⁾ así como, evitaría valorar doblemente las circunstancias agravantes específicas (que estaban previstas al sancionar los tipos penales respectivos o que estas sean elementos constitutivos de los delitos respectivos), en el caso concreto; además, en caso de concurrencia de principios en el caso concreto, el órgano jurisdiccional debe ponderar, y aplicar uno de los principios en confrontación (p. ej., ponderar entre el principio fin preventivo de la pena y el principio de humanidad de la pena).

No obstante, de lo expuesto en los párrafos precedentes, aún subsistiría el problema de cuáles de los criterios y circunstancias regulados en el artículo 46° del Código punitivo son atenuantes o agravantes (genéricos); sin embargo, esto puede ser determinado, por el órgano jurisdiccional, en el caso concreto. Asimismo, por otro lado, no resultaría un tanto problemática la operativización de circunstancias en caso de concurrencia de las mismas más aún si se tiene en cuenta las distintas calidades que existen; ya que, estas pueden ser instrumentalizadas adecuadamente por el órgano jurisdiccional, recurriendo a la teoría de la argumentación jurídica.

Ahora bien, bajo este mismo enfoque aplicado al sistema de tercios actualmente vigente (*ex post*), el órgano jurisdiccional, como regla general, debe determinar dentro de las reglas del sistema jurídico de determinación judicial de la pena, las disposiciones a ser interpretados con la finalidad de obtener normas a ser aplicados al caso concreto, pero en

(533) De igual manera, se puede argumentar respecto al criterio referido a la confesión sincera, prevista en el numeral 9 del artículo 46° del Código Penal vigente (ahora, ya derogado (tácitamente) de este artículo, por la Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, y más bien regulado en los artículos 160° y 161° del CPP de 2004) y la confesión sincera regulada en el artículo 136° del Código de Procedimientos Penales, siendo este último de mayor intensidad que el primero; es decir, la confesión sincera del artículo 136° del Código de Procedimientos atenúa más la pena (a imponerse al procesado), sin embargo, comparado con la confesión del Código Procesal Penal de 2004, ambas tienen la misma intensidad o eficacia.

algunas ocasiones puede o no obtenerse normas, o viceversa, ante ello debe recurrir a los principios y valores que el ordenamiento jurídico (constitucional) promueve o que inspire la idea de respeto a la dignidad humana. Todo esto permite adoptar una decisión adecuada y correcta al órgano jurisdiccional, en el caso concreto, para el justiciable, la sociedad en general, incluido al propio órgano jurisdiccional; es decir, una pena justa, útil y proporcional.

Concretizando más la idea antes expuesta, el órgano jurisdiccional debe aplicar (e interpretar razonablemente) las reglas previstas en los artículos 46°, 46-A, 46-B, 46-C, 46-D y 46-E del Código Penal, así como otras reglas previstas en los artículos 45°, 45-A de este Código, que permiten operativizar, no de manera suficiente, los criterios y circunstancias presentes en el caso concreto; y los principios previstos en el Título Preliminar de la Parte General del mencionado Código o en alguna fuente de Derecho positivo, o incluso, fuera del Derecho positivo, pero que estén acordes a los principios y valores consagrados en la Constitución Política del Estado; y debe tener una diligencia especial en la aplicación de los criterios y circunstancias (atenuantes y agravantes) regulados en el artículo 46° del mencionado Código, ya que estos pueden estar ya previstos al sancionar los tipos penales respectivos o que estas sean elementos constitutivos de los delitos respectivos, con la finalidad de evitar la doble valoración de los mismos y, a su vez, no se infringiría la cláusula de prohibición de la doble valoración de circunstancias, prevista en el artículo 46°, párrafo primero, del Código punitivo, ahora, con la modificatoria (Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), en el párrafo segundo del artículo 45-A de este Código así como, repetidamente, en los numerales 1 y 2 del artículo 46° de este mismo *corpus iuris penale*.

Así, por ejemplo, debe tener cuidado en aplicar la regla prevista en el literal c) del

numeral 2, del artículo 46° del Código Penal⁽⁵³⁴⁾ y el inciso 1 del artículo 108° (delito de homicidio calificado) de este Código,⁽⁵³⁵⁾ ya que ambas reglas hacen referencia al mismo móvil, esto es, el precio o lucro, para quitar la vida de una persona humana; en este caso, el órgano jurisdiccional aplicará la regla prevista en el inciso 1 del precitado artículo 108°, con base (principalmente) en el criterio de especialidad.⁽⁵³⁶⁾

Bajo este enfoque, el órgano jurisdiccional, al igual que en el anterior esquema *strictu sensu* de determinación de la pena, debe recurrir a la teoría de la argumentación jurídica bajo los mismos criterios señalados en el sexto párrafo precedente, con la finalidad de justificar la toma de decisiones, particularmente la magnitud de la pena (privativa de libertad) a imponer en el caso concreto; de igual manera, el órgano jurisdiccional en caso de concurrencia de principios en el caso concreto, deberá ponderar, y aplicar uno de los principios en confrontación; así, en entre otros medios o instrumentos que implique la perspectiva postpositivista.

No obstante, de lo expuesto en los párrafos precedentes, aún subsistiría el problema relacionado al grado o nivel de incidencia de las circunstancias agravantes y atenuantes

(534) Así, se señala en el literal c) del numeral 2, del artículo 46°: “*Ejecutar la conducta punible por motivo abyecto, fútil o mediante precio, recompensa o promesa remuneratoria.*” (CP de 1991 actualizado hasta octubre de 2015). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito]

(535) Así, se señala en el inciso 1 del artículo 108° [homicidio cualificado]: “*Por ferocidad, codicia, lucro o por placer*” (CP de 1991 actualizado hasta octubre de 2015). [Las cursivas son ajenas al texto jurídico transcrito].

(536) Otro ejemplo, en el cual debe tener un especial cuidado, el órgano jurisdiccional, se da cuando se presente, en el caso concreto, la regla prevista en el literal h) del numeral 2 del artículo 46° del Código Penal [“Realizar la conducta punible abusando el agente de su posición económica”] y el supuesto previsto en el inciso 1 (ahora es inciso a) del artículo 45° del precitado Código [“La posición económica del agente”]. En este caso, el órgano jurisdiccional diligente aplicará ambos dispositivos jurídicos, ya que el primero, es una regla (criterio), mientras, el segundo, es una regla principalizada de naturaleza política-ideológica, que debe seguir el mencionado órgano en el procedimiento de graduación de la pena en el caso concreto.

en la magnitud de la pena a imponer por el órgano jurisdiccional, en el caso concreto; es decir, en qué medida agrava o atenúa la pena.

Finalmente, bajo este enfoque también, se considera que no está por demás señalar, que el órgano jurisdiccional antes del inicio del procedimiento de determinación judicial de la pena y durante el mismo, ya debe de asumir una concepción clara de culpabilidad (por el hecho mas que por el carácter o el *modus vivendi* del imputado o procesado), particularmente de culpabilidad en la determinación judicial de la pena, el fundamento o fin (o fines) de la pena (el fin preventivo principalmente), de teoría de determinación judicial de la pena, la teoría del ámbito del (libre) juego, creada por el Tribunal Supremo Federal alemán, e incluso de Derecho Penal, entre otras teorías, categorías jurídicas e institutos jurídico-penales relacionados a la determinación judicial de la pena.

5. Propuesta Doctrinaria y Normativa Fundamentada de *Lege Ferenda* Respecto a la Determinación Judicial de la Pena y el Aspecto de la Misma como es su Motivación

Que, los criterios y circunstancias y reglas básicas de política criminal relacionada a la determinación judicial de la pena y el aspecto relacionado a la misma, como es su motivación, a establecerse, como propuesta de *lege ferenda*, en el Código Penal vigente, son los siguientes textos normativos (artículos):

Artículo xx.- Graduación de la Pena.

Para la graduación de la pena, el operador jurídico-penal (juez o fiscal) debe tomar en consideración todos los criterios y circunstancias concurrentes en el caso concreto, que no estén previstas específicamente para sancionar el hecho punible o no sean elementos constitutivos del mismo, así como, deberá sopesarlos de acuerdo a la

naturaleza, condición o efectos de los criterios y circunstancias concurrentes, e instrumentalizarlos adecuadamente de acuerdo a criterios de compensación de circunstancias y compatibilidad de efectos circunstanciales.

Los criterios y circunstancias de determinación judicial de la pena que están presentes (concurrentes), en el caso concreto, tienen efectos penológicos distintos; no obstante, que sean de la misma naturaleza (*V.gr.*, los antecedentes penales y la condición económica del procesado) y como tal, deben ser sopesados (ponderados) e instrumentalizados, en base a criterios de compatibilidad de circunstancias y de compensación de efectos circunstanciales, razonablemente por el operador jurídico penal; asimismo, con esta propuesta se puede evitar la doble valoración de criterios y circunstancias (agravantes) de la misma naturaleza (o no) que estén presentes en el caso concreto y que se viene sucediendo.

Siendo uno de los criterios a observarse (y establecerse en la ley penal positiva, porque en las sentencias condenatorias –y otros actuados–, tanto en expedientes del 2010 como en expedientes del 2011, no se tomó en consideración) ***el nivel estratégico del inicio de la ejecución o consumación del hecho punible (delito)***, que implica un mayor injusto penal. De manera que, adicionalmente, sería bueno establecerse, ahora sí de manera expresa y clara, el criterio o factor antes mencionado, claro, como circunstancia agravante, en el artículo 46° del Código Penal, ahora, con la modificatoria al artículo acotado (mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013), en el numeral 2 del mismo artículo en un determinado literal (p. ej., literal “o”) del mencionado Código.

Artículo YY.- Concurrencia de Circunstancias de Atenuación

Una circunstancia o criterio que sola o con otras circunstancias o criterios fundamente la graduación, en un caso concreto, de una pena menos grave y que es igualmente una

circunstancia especial de atenuación legal de acuerdo con el artículo 45-B, del Código Penal, solo permite considerarse una vez.

Artículo 45-B.- De las Circunstancias Especiales de Atenuación

1. En caso de concurrencia de circunstancias atenuantes genéricas y circunstancias privilegiadas, en la caso penal, la pena se determinará dentro del tercio inferior y por debajo de esta, según los siguientes supuestos:
 - a. Si concurren dos o más circunstancias atenuantes genéricas y una circunstancia privilegiada, la pena a aplicarse se determinará dentro del tercio inferior, pero cercano al extremo mínimo de la pena conminada, del respectivo hecho punible.
 - b. Si concurren una circunstancia atenuante genérica y dos o más circunstancias privilegiadas, la pena a aplicarse se determinará dentro de la pena equidistante y el extremo mínimo de pena conminada, del respectivo hecho punible. La pena equidistante se determinará entre el mínimo legal y el extremo mínimo de pena conminada del respectivo delito.
 - c. Si concurren dos o más circunstancias atenuantes genéricas y dos o más circunstancias privilegiadas, la pena a aplicarse, razonablemente, será la que resocialice y se determinará por debajo del tercio inferior.
2. En caso de concurrencia de dos o más circunstancias privilegiadas, en el caso penal, la pena a aplicarse será la resocializable, y se determinará por debajo del tercio inferior, pero cercano a la pena mínima legal.
3. Para delitos que están sancionados con pena de cadena perpetua.
 1. La pena a aplicarse será de 35 años de privación de libertad, según los siguientes supuestos:

- a. Si en el caso penal concurren tanto una circunstancia atenuante genérica, como una circunstancia atenuante privilegiada.
 - b. Si en el caso penal concurre solo una circunstancia atenuante privilegiada, a excepción de la confesión sincera.
2. La pena a aplicarse será menor de 35 años de pena privativa de libertad, según los siguientes supuestos:
- a. Si en el caso penal concurren tres o más circunstancias atenuantes genéricas, así como dos o más circunstancias atenuantes privilegiadas.
 - b. Si en el caso penal concurren dos o más circunstancias atenuantes privilegiadas, a excepción de la confesión sincera.

Si en el caso penal no concurren circunstancias atenuantes privilegiadas o no, pero sí circunstancias agravantes calificadas, la pena a aplicarse será de cadena perpetua, siempre y cuando sea estrictamente necesaria”.

El texto normativo (artículo YY) propuesto como *lege ferenda*, es similar al § 50º del Código Penal alemán de 1975 [1871], se trata de un supuesto de doble valoración de circunstancias atenuantes (por sus efectos), y es necesario su regulación en el Código Penal peruano, toda vez que existe un vacío normativo en el sistema jurídico de determinación judicial de la pena del Código Penal de 1991, incluido en su modificatoria mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, específicamente en casos de concurrencia de circunstancias atenuantes (privilegiadas), con la finalidad de evitar funcionalmente la disminución o minoración excesiva de la pena a imponer al procesado y, de alguna manera, esta situación viabilizaría el cumplimiento de los fines (preventivos) de la pena.

Este § 50 del StGB, en la doctrina alemana se le conoce como “caso menos grave” y se trata de una decisión política-jurídica que debe impedir el ‘paso’ de marcos punitivos ordinarios a otros especiales objeto de una atenuación múltiple; y mayoritariamente es interpretada restrictivamente (norma jurídica contenido en el artículo acotado).

Ciertamente, el autor no se puede beneficiar por segunda vez de la mera existencia del elemento modificador del marco punitivo, pero sí de otra circunstancia que se encuentre íntimamente vinculada con dicho elemento; así, por ejemplo, puede aceptarse un “caso menos grave” a causa de la estrecha relación que media entre el cómplice y el autor principal y, por tanto, poder utilizar la complicidad como tal para la modificación del marco punitivo de acuerdo con los §§ 27 II 2 [este apartado de esta norma jurídica se refiere a la pena del cómplice], 49 I [este apartado de esta norma jurídica remite a reglas especiales de atenuación de la pena]. (Jescheck & Weigend, 2014, p. 1344)

Como se puede colegir del párrafo precedente, la doble valoración de circunstancias atenuantes se refiere más que a adoptar un mismo criterio o circunstancia dos veces (por la especialidad), al grado de intensidad, sus efectos, de estas circunstancias en la disminución del quantum de la pena a imponerse, en el caso concreto.

Esta propuesta tiene un sustento fáctico, al igual que las otras, y consiste en que, según las sentencias condenatorias (casos) analizadas de expedientes del 2010, existen 22 casos de sobrevaloración de circunstancias atenuantes (privilegiadas) concurrentes, expresándose en penas por debajo del marco de culpabilidad por el acto realizado, son ínfimas. De igual manera, en las sentencias condenatorias (casos) analizadas de expedientes del 2011 existen 34 casos de sobrevaloración de circunstancias atenuantes (privilegiadas) concurrentes. De esto se observa que existe un incremento de 12 casos (sentencias) más

respecto de los expedientes del año 2010. En ambos años, esta situación se ha manifestado en penas graduadas por debajo del marco de culpabilidad por hecho cometido o penas que no resocializan al condenado, precisamente son ínfimas.

El artículo 45-B, propuesto como complemento al primer texto normativo (artículo YY), está estructurado en base a dos criterios, principalmente; siendo el primer criterio de carácter cuantitativo (conurrencia de circunstancias atenuantes), y el segundo criterio, de carácter cualitativo (como la pena conminada del delito, teniendo como referencia la concurrencia de circunstancias atenuantes).

La operativización funcional de este artículo, propuesto, por el operador intérprete (Juez penal), se puede llevar a cabo mediante tres vías, las dos primeras pueden complementarse; mientras, la última (tercera) no necesariamente, pueden ser excluyentes a cualquiera de las dos primeras vías. Es aplicable a delitos en su modalidad agravada, de la siguiente manera, en este caso la operativización se llevará a cabo a un delito de violación sexual de menor de edad. Primero, el operador intérprete, exactamente el órgano jurisdiccional, deberá realizar una interpretación sistemática de los dispositivos contenidos en los artículos 173º y 170º del Código Penal, concordado con los dispositivos del artículo 29º de este Código, pero a nivel de las consecuencias jurídicas de los dos primeros artículos acotados; y luego, en base al principio de integración del derecho (V.gr., el principio de combinación de la ley penal establecido en el artículo 6º del CP), generar una nueva regla, coherente y consistente con el ordenamiento jurídico-penal, que tendrá una pena atenuada. Esta nueva regla generada no se trata de una tercera regla (*lex tertio*), porque las características de las consecuencias jurídicas son comunes a las consecuencias jurídicas de las reglas establecidas en los artículos 173º y 170º del mencionado Código,

concordado con el artículo 29º de este Código. Tiene como fundamento (principal), la razón común que existe entre ambos artículos del Código Penal, que es la protección [del ejercicio] de la sexualidad de la persona humana; no obstante que, los bienes jurídicos protegidos sean distintos; en uno, el bien jurídico es la libertad sexual (de la mayor de 14 años de edad); mientras en el otro es la indemnidad o intangibilidad sexual (de la menor de 14 años de edad).

Y segundo, o podrá recurrir (alternativamente) al principio de proporcionalidad y de razonabilidad de la pena a aplicarse (como principios de Derecho positivo), según la gravedad del hecho punible cometido (delito) distinto de la gravedad del hecho; o, en el no menos favorable del caso concreto, recurrir a la proporcionalidad y razonabilidad como postulados normativos o criterios de aplicación de normas de Derecho positivo (Ávila, 2011).

Todo esto se puede realizar con la finalidad de una adecuada determinación y graduación de la pena por parte del juez penal, de tal manera que sea, una pena justa de acuerdo a criterios generales, útil y proporcional al hecho cometido y a la culpabilidad por el acto o al grado de injusto penal.

Que, los antecedentes penales, en caso de reincidencia o habitualidad, a ser valorados por el operador jurídico penal son aquellos en que el procesado o acusado, no se haya rehabilitado efectivamente, el mismo que debe ser comprobada objetiva y diligentemente. La razón de esta propuesta se funda en que la conducta criminal del acusado aún persistiría. Además, el hecho de tener antecedentes penales cancelados a la fecha de la nueva condena, no asegura que el reincidente o habitual se haya rehabilitado efectivamente.

Artículo zz.- Motivación de la Graduación de la Pena.

En el proceso de graduación de la pena, los criterios y circunstancias observados por el

operador jurídico-penal, en el caso concreto, deben ser explicitados sus contenidos, sobre todo razonarlos lógico-jurídicamente con coherencia y, sobre todo, con consistencia argumentativa, en la sentencia condenatoria, bajo sanción de nulidad.

Esta propuesta, como es evidente, está relacionada con la segunda hipótesis del segundo problema del proyecto de la presente tesis; no obstante, que la mencionada hipótesis no se haya confirmado, esto es, sea falsa. En este sentido, la razón de esta propuesta obedece a la realidad judicial, solo se hacen meras referencias a los criterios y circunstancias observados por el operador jurídico-penal (el órgano jurisdiccional), en la mayoría de sentencias penales condenatorias analizadas, pero sobre todo, no se los razona lógico-jurídicamente con coherencia y, sobre todo, con consistencia, observándose ello en la premisa (fáctica) utilizada en la justificación (externa) de las sentencias condenatorias analizadas, tal como se comprobó en la presente tesis; a propósito, un gran porcentaje de estas sentencias condenatorias tienen una motivación aparente (74 sentencias en expedientes del 2010 y 58 sentencias en expedientes del 2011).

A). CONCLUSIONES

a. Con respecto a la adecuada determinación o graduación judicial de la pena en casos (sentencias condenatorias) de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, se ha establecido que esta no se cumple en la mayoría de estos casos analizados, esto es, el 96.55% en expedientes del 2010 (en 112 de las 116 sentencias condenatorias) y el 96.33% en expedientes del 2011 (en 105 de las 109 sentencias); por lo que se confirma, de esta manera, la primera hipótesis (H1) del primer problema formulado en el proyecto de la presente tesis pese al resultado obtenido de la encuesta realiza (pregunta 1), esto es, la mayoría (el 56.41%) afirman seguir un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46° del Código Penal, otros artículos de este Código. Es decir, existen penas desproporcionadas por la inadecuada graduación judicial de la pena, en las sentencias condenatorias antes mencionadas, expresado estas en la inobservancia de las etapas de la graduación de la pena (determinación concreta o tercera etapa), de los criterios concurrentes de este instituto jurídico-penal, en el caso concreto, de la inadecuada interpretación y valoración, principalmente, de las circunstancias personales del procesado y de la confesión sincera; y, por otro lado, por la inadecuada e insuficiente normatividad de determinación judicial de la pena, sobre todo de la instrumentalización de los criterios concurrentes.

b. Con respecto a la consecuencia (principal) de la ausencia de motivación adecuada de sentencias condenatorias, en el extremo de la determinación judicial de la pena,

analizadas de delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado, se ha establecido que, en la mayoría de estos casos no se cumple, ya que la mayoría de sentencias condenatorias que fueron válidamente impugnados (66 de las 225 sentencias), tanto en expedientes del 2010 como en expedientes del 2011, no fueron declaradas nulas por el órgano jurisdiccional correspondiente no tienen el estado jurídico de nulas en su mayoría (11 sentencias de expedientes del 2010 y 5 sentencias de expedientes del 2011), pese a que la mayoría de estas sentencias analizadas (225), tienen motivación aparente e insuficiente, que es observable a nivel de la premisa fáctica dentro del razonamiento jurídico silogístico; por lo consiguiente, este resultado no incidiría e incide, al menos de manera directa, en la irracionalidad de la pena privativa de libertad, lógicamente existiría y existe una motivación adecuada de las sentencias penales condenatorias analizadas, y no habría (y no existe) consecuencia alguna, en el extremo referido a la determinación judicial de la pena. Por lo tanto, no se confirma la segunda hipótesis (H2) del segundo problema formulado en el proyecto de la presente tesis, no obstante, del resultado obtenido de la encuesta realizada (pregunta 3), no se condice con aquel, en el sentido de que la mayoría (el 42.86%) afirman que no les interesa las razones de la ausencia de motivación adecuada de la determinación judicial de la pena, pero sí les interesa que la pena sea justa.

- c. Que, no obstante, los resultados cuantitativos de la presente tesis, en la práctica judicial la mayoría de sentencias analizadas tenían o tienen motivación aparente (74 sentencias de expedientes del 2010 y 58 sentencias de expedientes del 2011) y motivación insuficiente (35 sentencias de expedientes del 2010 y 37 sentencias de expedientes del 2011), pero también, es de tomarse en consideración, que muchas de estas sentencias fueron producto de una terminación especial del proceso penal, principalmente por conclusión anticipada del proceso.

- d. El órgano jurisdiccional si bien es cierto que graduó inadecuadamente la pena en los casos concretos analizados, también es cierto que observa criterios discutibles que no tiene asidero en la ley penal peruana (*V.gr.*, Código Penal de 1991) menos aún en la carta magna de 1993 como, por ejemplo, los antecedentes generados por el presente proceso, señalada en la hoja carcelaria o boletín de condena; denominado en la presente tesis como “otro tipo de antecedentes” (existen 3 sentencias de expedientes del 2010 y 4 sentencias de expedientes del 2011). Ha sobrevalorado criterios o circunstancias de atenuación (privilegiadas), en las sentencias condenatorias analizadas, 22 (sentencias) en expedientes del 2010 y 34 (sentencias) en expedientes del 2011.
- e. El órgano jurisdiccional no sopesa los criterios y circunstancias (genéricas y/o específicas, cualificadas o no) concurrentes en los casos concretos, no obstante, que estos tienen efectos penológicos distintos como, por ejemplo, la concurrencia de condiciones personales del procesado, los antecedentes penales y la condición socioeconómica; como tal, se gradúa o determina la pena inadecuadamente.
- f. El órgano jurisdiccional no está adecuadamente capacitado en el tema de la graduación judicial de la pena y en el aspecto de la misma como es su motivación, en este supuesto también están incluidos los fiscales penales; así como, no existe una adecuada normatividad que les permita instrumentalizar adecuadamente los criterios observados.

B). RECOMENDACIONES

- a. El órgano jurisdiccional debe seguir el procedimiento o metodología de determinación judicial de la pena, en todos los casos concretos, establecido (principalmente) en el Acuerdo Plenario N° 1-2008/JC-116 del 18 de julio de 2008, en caso de concurso de delitos, el Acuerdo Plenario N° 4-2009/CJ-116 del 13 de noviembre de 2009 y el artículo 50° del Código Penal vigente (concurso real de delitos). Sin embargo, el órgano jurisdiccional no lo está haciendo pese a ser obligatorio(s) en la praxis judicial.

- b. El órgano jurisdiccional debe observar todos los criterios presentes (concurrentes) en los casos concretos, interpretar adecuadamente los criterios (genéricos) observados como, por ejemplo, los del artículo 46° del Código Penal vigente y la responsabilidad restringida (del artículo 22° del mencionado Código), asimismo, valorar adecuadamente la confesión sincera, principalmente, como aceptación de cargos imputados, y debe respetar la cláusula de prohibición de doble valoración (circunstancias agravantes) establecido en el artículo 46°, párrafo primero, del Código Penal, ahora, con la modificatoria realizada, mediante Ley N° 30076 del 19 de agosto de 2013, al mencionado Código, también lo está en el párrafo segundo del artículo 45-A de este Código así como en los numerales 1 y 2 del artículo 46° de este mismo Código, pero sobre todo, las circunstancias atenuantes privilegiadas, concurrentes en el caso concreto, con la finalidad de no disminuir excesivamente la pena a imponerse y evitar penas ínfimas.

- c. El órgano jurisdiccional debe evitar observar criterios discutibles que no tienen asidero en la ley penal menos aun en la Constitución Política del Estado o en la idea que inspira el respeto a la dignidad humana como, por ejemplo, los antecedentes generados por el presente proceso, señalada en la hoja carcelaria o boletín de condena.
- d. Se debe establecer un procedimiento práctico de determinación judicial de la pena en la ley penal, ya que el sistema jurídico penal peruano rige el Derecho positivo, siendo fuente exclusiva la ley (escrita), y no en acuerdos plenarios, con la finalidad que el órgano jurisdiccional la observe, lo tome en cuenta en los casos concretos.
- e. Se necesita un sistema jurídico funcional de determinación judicial de la pena adecuada a la realidad (judicial y penitenciaria) peruana, sin que ello implique la explicitación de todos los criterios en la ley penal, a veces los criterios tasados no necesariamente conllevan a una adecuada graduación judicial de la pena en el caso concreto.
- f. Que, no obstante, el órgano jurisdiccional declaró nulas una minoría de sentencias condenatorias impugnadas, 11 sentencias de expedientes del 2010 y 5 sentencias de expedientes del 2011, estas deben ser motivadas adecuadamente, específicamente el extremo referido a la determinación de la pena; es decir, no debe hacer una mera y genérica alusión a los criterios, factores o elementos, presentes (concurrentes) en los casos concretos sino, sobre todo, debe darles contenido y razonarlos lógico-jurídicamente con coherencia y, sobre todo, con consistencia argumentativa (justificación externa de la sentencia). Exigencia que resulta extendible a la mayoría de las sentencias analizadas de expedientes del 2010 y 2011, ya que en expedientes

del primer año mencionado, el 63.80% del total de sentencias motivadas tienen motivación aparente (74), mientras en expedientes del 2011, el 53.21% del total de sentencias motivadas también, tienen esta calidad de motivación (58); de igual forma se puede decir de la motivación insuficiente (en expedientes del 2010, el 30.17% del total de sentencias motivadas tienen esta calidad de motivación, mientras en expedientes del 2011, el 33.95% del total de sentencias motivadas también, tienen esta calidad de motivación).

- g. El órgano jurisdiccional debe ser adecuadamente capacitado, con casuística, en el tema de graduación de la pena, sin perjuicio, también en argumentación jurídica (standar) adecuada, con la finalidad de que instrumentalice adecuadamente todos criterios presentes (concurrentes) en los casos concretos para así graduar las penas de manera razonable y adecuada. Y, además, no está por demás señalar, que el legislador penal peruano establezca penas (conminadas) razonables y proporcionales, principalmente, en base al bien jurídico protegido; es decir, haya una adecuada determinación de legal de la pena.

REFERENCIAS

- Aguado, T. (2010). El principio de proporcionalidad en el derecho penal peruano. En M. Carbonell y P. Grández Castro (Coords.), *El principio de Proporcionalidad en el Derecho Contemporáneo* (pp. 275-296). Lima: Palestra.
- Arroyo, A. (1997). Incidencia de las circunstancias atenuantes en la penalidad. En Javier Muñoz (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995* (pp.189-208). Navarra, España: Aranzadi.
- Aguiló, J. (2007). Sobre derecho y argumentación. Justicia Constitucional. *Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. 5, (III), 123-136.
- Aguiló, J. (2008). Sobre derecho y argumentación (pp. 11-28). Mallorca, España: Lleonard Muntaner. Recuperado de <http://www.filosoficas.unam.mx/~cruzparc/derechoargumentacion.pdf>
- Alexy, R. (2002). Teoría de los derechos fundamentales. [Traducido al español de *Theorie der Grundrechte*, 1986]. (Trad. por Ernesto Garzón Valdés). Madrid, España: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Atienza, M. (2013). Curso de argumentación jurídica. Madrid, España: Trotta.

Atienza, M. & Ruiz, J. (1996). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, España: Ariel.

Anteproyecto del Código Penal (2011). En C. Torres Caro (Comp.), *El nuevo Código Penal peruano* (pp. 140-144). Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

De Asís, R. (2005). Introducción [Capítulo I]. *El juez y la motivación en el derecho* (pp. 15-33). Madrid, España: Dykinson.

Álvarez, M. (2007). *El concurso ideal de delitos*. (Tesis doctoral, Universidad de Granada). Recuperado de <http://hera.ugr.es/tesisugr/16792786.pdf>

Andrés, P. (1992). Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal. *Revista Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (12), 257-299. Recuperado de http://www.google.com.pe/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwik14_J_PPNAhUKrB4KHVW5AQ0QFggaMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.cervantesvirtual.com%2Fobra%2Facerca-de-la-motivacin-de-los-hechos-en-la-sentencia-penal-0%2F005d9344-82b2-11df-acc7-002185ce6064.pdf&usg=AFQjCNFYCodd8foyZqLG3JXMex11m9viqg&sig2=v p9hzHEeMhbt9Gq-Q_popw&bvm=bv.127178174,d.dmo

Ávila, H. (2011). *Teoría de los principios*. [Traducido al español de *Teoria dos principios, da definição à aplicação dos principios jurídicos*]. (Trad. por Laura Criado Sánchez). Madrid, España: Marcial Pons.

Ávila, H. (2012). Teoría de la seguridad jurídica. [Traducido al español de *Teoria das segurança juridica*]. (Trad. por Laura Criado Sánchez). Madrid, España: Marcial Pons.

Academia de la Magistratura. (Productor). (2012). Primer Programa de Acreditación de Docentes de la Academia de la Magistratura (PAD-AMAG) [DVD 2]. Lima, Perú.

Berdugo, I., Arroyo, L., García, N., Ferré, J. y Serrano-Piedecasas, J. (1999). Lecciones de derecho penal. Parte general. 2a. ed. Barcelona, España: Praxis.

Bacigalupo, E. (1994). Principios de derecho penal. Parte general. 3ª. ed. (1ª. ed., 1990). Madrid, España: Akal.

Bacigalupo, E. (2007). Fundamentos del principio de legalidad. En Cándido Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal* [de 1995] (pp. 1-34). T. I. Barcelona, España: Bosch.

Bayón, J. C. (1991). *La normatividad del derecho: deber jurídico y razones para la acción*. (Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid, Facultad de Derecho). Recuperado de [http://www. file:///C:/Users/biblio/Downloads/30745_bayon_mohino_juan_carlos_1.pdf](http://www.file:///C:/Users/biblio/Downloads/30745_bayon_mohino_juan_carlos_1.pdf)

Buitrago, Á. M. (2003). Fundamento y fin de la pena: consecuencias jurídicas y justicia restaurativa. En A. Cancino Moreno. (Comp.). *Derecho penal y sistema*

acusatorio en Iberoamérica, Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano (pp. 363-382). Bogotá, Colombia: Cordillera.

Besio, M. (2012). Valoración y compensación racional de circunstancias atenuantes y agravantes. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/867.pdf>

Borja, E. (2003). Curso de política criminal. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Borja, E. (2011). Curso de política criminal. 2ª. ed. Valencia, España: Tirant Lo Blanch. Recuperado de http://www.enviados.mx/descargas/2013/politicas_publicas_y_criminalidad/Curso_de%20politica%20criminal.pdf

Bramont, L. A. (1966). Código penal anotado. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM).

Boix-Reig, J. (1992). La motivación de la individualización de la pena. En Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). (Cuadernos de Derecho Judicial), *La Sentencia Penal* (pp.181-199). Madrid, España: CGPJ.

Bustos, J. (2012). Control social y sistema penal. 2ª. ed. Bogotá, Colombia: Temis.

- Bustos, J. & Hormazábal, H. (1994). Manual de derecho penal. Parte general. 4ª ed. (aumentada, corregida y puesta al día). (1ª. ed., 1984). Barcelona, España: Promociones y Publicaciones Universitarias (PPU).
- Bustos, J. & Hormazábal, H. (1997). Lecciones de derecho penal. Vol. I. Madrid: Trotta.
- Cabrera, C. J. (2009). El derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. *JUS Doctrina & Práctica*, (4), 315-320.
- Cobo, M. & Vives, T. S. (1999). Derecho penal. Parte general. 5ª. ed. (corregida, aumentada y actualizada). Valencia, España: Tirant Lo Blanch.
- Cáceres, R. & Iparraguirre, R. (2005). Código procesal penal comentado. Lima: Jurista.
- Choclán, J. (1997). Individualización judicial de la pena. Función de la culpabilidad y la prevención en la determinación de la sanción penal. Madrid, España: Colex.
- Calderón, Á. & Choclán, J. (1999). Derecho penal: parte general. T. I. Barcelona, España: Bosch.
- Comisión especial revisora del código penal (Ley N° 27837). (2004). Anteproyecto de Código Penal 2004. Parte general (pp. 1-54). Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/legislacion/l_20080626_06.pdf

- Caro, D. (s.f.). Notas sobre individualización judicial de la pena en el código penal peruano. Recuperado de <http://www.ccfirma.com/publicaciones/pdf/caro/IJP-Carlos%20Caro.pdf>
- Castillo, J. L. (2002). Principios de derecho penal. Parte general. Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, J. L. (2006). La jurisprudencia penal 1. Sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República. Vol. 1. Lima: Grijley.
- Castillo, J. L. (2013a). La motivación de la valoración de la prueba en materia penal. Lima: Grijley.
- Castillo, J. L. (2013b). Proscripción de la arbitrariedad y motivación. Lima: Grijley.
- Castillo, J., Luján, M. y Zavaleta, R. (2004). Razonamiento judicial interpretación, argumentación y motivación de las resoluciones judiciales. Lima: Gaceta Jurídica.
- Cámara de Diputados del Perú. Dirección General Administrativa (Ed.). (1950). Compilación de la legislación peruana (concordada). Leyes del N° 1 al 4944. T. I. Lima: Dirección General Administrativa.
- Cid, J. (2002). Prevención de delitos y utilitarismo: una confusión censurable (a propósito de “censurar y castigar”, de A. Von Hirsch). *Revista Jurídica del Perú*, (32), 99-108.

Código Penal Argentino [Ley 11179 CPAr]. (30 de setiembre de 1921). Recuperado de <http://www.servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/15000-19999/16546/texact.htm>

Código Penal Colombiano [Diario Oficial N° 44.097] (2000). Recuperado de http://www.secretariassenado.gov.co/basedoc/ley/2000/ley_0599_2000.html

Código Penal Español [Código] (1995). Recuperado de http://www.perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/legislacion/l_20121008_02.pdf

Código Código Penal Modificado [BOE] (2015). Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2015/03/31/pdfs/BOE-A-2015-3439.pdf>

Código Penal del Perú [Código] (1863). Recuperado de <https://archive.org/details/codigo-penal-del-pe00pergoog>

Código Penal [Código]. (1924). Ley N° 4868. (Edición Oficial). Lima: Moreno.

Código Penal Peruano [Código] (2015). Recuperado de <http://www.spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-codpenal.htm>.

Climent, C. (1994). Tribunal Constitucional, doctrina en materia civil y penal. T. I. Valencia, España: Editorial General del Derecho.

Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Civil Transitoria. Casación N° 3668-2002 (9 de enero de 2003). Documento-Poder Judicial del Perú. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/940fef0046d47503a337a344013c2be7/Jurisprudencia+Peronas+Jur%C3%ADdicas+c+5.+6.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=940fef0046d47503a337a344013c2be7>

Corte Suprema de Justicia de la República (Presidencia). Resolución Administrativa N° 311-2011-P-PJ de 2011. Por la cual se establece la correcta determinación judicial de la pena. Setiembre 1 de 2011. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d86473804c5ba03f973fd77b99635ed1/RA_311-2011-P-PJ.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d86473804c5ba03f973fd77b99635ed1

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Proceso N° 29788 (Augusto J. Ibáñez Guzmán. Junio 29 de 2008). Recuperado de <http://www.notinet.com.co/pedidos/29028.doc>

Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Penal. Sala N° 29. Tutela 1ª. Instancia N° 24868. (Alfredo G. Quintero. Abril 4 de 2006). Recuperado de [http://www.190.24.134.94/sentencias/Tutelas/2006/Penal/Dr.Alfredo%20Gomez%20Quintero/Abril/T-24868%20\(04-04-06\)%20C-T%20Art.%20351%20Ley%20906.doc](http://www.190.24.134.94/sentencias/Tutelas/2006/Penal/Dr.Alfredo%20Gomez%20Quintero/Abril/T-24868%20(04-04-06)%20C-T%20Art.%20351%20Ley%20906.doc)

Congreso de la República del Perú. (abril a diciembre, 2011). Anteproyecto de reforma del Código Penal, transcripciones y actas de las secciones. Lima: Autor.

Congreso de la República del Perú (2012). Proyecto de Ley N° 1095/2011-CR. Recuperado de [http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/46cd910a3c94e0ff052579f800693d27/\\$FILE/PL01095080512.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/Sicr/TraDocEstProc/Contdoc01_2011.nsf/d99575da99ebfbe305256f2e006d1cf0/46cd910a3c94e0ff052579f800693d27/$FILE/PL01095080512.pdf)

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. R. N. N° 1882-2002 (19 de agosto de 2002). Recuperado de http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=933&FE_PROD=20041209&DE_RUTA=427427427100400000&TI_INGRESO=1

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. R. N. N° 1042-2003 (13 de agosto de 2003). Recuperado de http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=6910&FE_PROD=20041208&DE_RUTA=426426426100400000&TI_INGRESO=1

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. R. N. N° 3010-2009 (29 de enero de 2010). Recuperado de http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWeb/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=75&FE_PROD=20100513&DE_RUTA=&TI_INGRESO=1

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Penal Permanente. Casación N° 14-2009 (5 de febrero de 2010). Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+-+2013-02+-+Jurisprudencia+NCPP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>

Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Primera Penal Transitoria. R. N. N°151 2-2011 (25 de agosto de 2011). Recuperado de http://jurisconsulta.pj.gob.pe/jurisWEB/faces/VerTipoArchivoAction.do?methodToCall=ver&ID_PROD=22&FE_PROD=20120222&DE_RUTA=/opt/repositorio/ext/imgs/0001/0002/&TI_INGRESO=2

De La Cuesta, J. L. (2010). El principio de humanidad en derecho penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (15), 391-407.

Demetrio, E. (1999). Prevención general e individualización judicial de la pena. Salamanca, España: Universidad Salamanca.

Díaz, J. (2014). La casación penal, doctrina y análisis de las casaciones emitidas por la Corte Suprema. Lima: Gaceta Jurídica.

Durán, M. (2011). Constitución y legitimación de la pena. Apuntes teleológicos sobre el rol de la Constitución en el sistema penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (26), 55-74.

Dworkin, R. (2007). Los derechos en serio. [Traducido al español de *Taking Rights Seriously*, 1984]. 6ª. ed. (Reimp.). (1ª. ed., 1984). (Trad. por Marta Guastavino). Barcelona, España: Ariel.

Decreto Legislativo N° 1237 de 2015 [con rango de ley]. Por el cual se modifica diversos artículos del Código Penal de 1991, entre estos el art. 46°. Setiembre 25 de 2015. N° 602302 (El Peruano, Normas Legales).

Eiranova, E. (Coord.) (2001). Código penal alemán y código procesal penal alemán. [Traducido al español de *Strafgesetzbuch* (StGB) *Strafprozeßbuch* (StPO)]. (Trad. por el Instituto Español de Derecho Comparado (IEDC)). Madrid, España: Marcial Pons.

Ernst, M. (2007). Derecho penal. Parte general. [Traducido al español de *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 1915]. (Trad. por Sergio Politoff Lifschitz). Montevideo. Uruguay: B de F.

Espino, J. D. (1947). Código penal. Concordancias. Lima: Lumen.

Espino, J. D. (1982). Código Penal. Concordancias. 6a. ed. Lima: Importadora.

Eto, G. (2011). El desarrollo del derecho procesal constitucional a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. 4ª ed. (1ª. ed., 2008). Lima: Adrus.

Espinoza, J. C., Amaya, K. A. y Chumpitaz, V. R. (2013). La jurisprudencia penal de la Corte Suprema. En lo sustantivo: código de procedimientos penales y código procesal penal. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/3d45b6804122236381d8f154c6ece4d7/RPP+F3+--+2013-02+--+Jurisprudencia+NCP+25-2.pdf?MOD=AJPERES>

Ezquiaga, F. (2013). Argumentación e interpretación. La motivación de las decisiones judiciales. 2ª. ed. (1ª. ed., 2011). Lima: Grijley.

Feijóo, B. (2007). Individualización de la pena y teoría de la pena proporcional al hecho. Barcelona. *InDret Revista para el Análisis del Derecho*. Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78725/102801>

Figueroa, A. (2008). La reforma penal de la determinación judicial de la pena. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_07.pdf

Fernández, R. E. [1997]. Los errores in cogitando en la jurisprudencia cordobesa. Sistematización. En Academia de la Magistratura (AMAG), *Razonamiento Judicial*. Programa de Perfeccionamiento y Actualización (PAP) (pp. 79-85). Lima: AMAG.

Figueroa, E. (2012). La exigencia constitucional del deber de motivar. Arequipa, Lima: Adrus.

Figueroa, H. (1980). Código penal comentado, concordado y actualizado. 2ª. ed. Lima: Inkari.

German Criminal Code-Gesetze im internet. (2016). [Trad. en español]. Recuperado de https://www.gesetze-im-internet.de/englich_stgb/englich_stgb.html

García-Pablos, A. (2009). Derecho penal. Parte general (Fundamentos). Lima: Instituto Peruano de Criminología y Ciencias Penales [INPECCP].

Gaceta Jurídica (2011). La Constitución Política del Perú. [Const.]. Lima: Autor.

Goyena, J. (1997). Introducción. En Javier Muñoz (Coord.), *Las circunstancias atenuantes en el Código Penal de 1995* (pp. 19-22). Navarra, España: Aranzadi.

García, D. (2015). Breve paralelo entre el código penal peruano de 1863 y el de 1924. THĒMIS. Revista de Derecho. PUCP. Primer Época. 3, (2), 5-12. Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12626/13181>

Gascón, M. y García, A. J. (2003). La argumentación en el derecho. Algunas cuestiones fundamentales. Lima: Palestra.

González, J. (1995). Presente y futuro de las circunstancias modificativas. En Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). (Cuadernos de Derecho Judicial), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (pp. 13-40). Madrid, España: CGPJ.

Guastini, R. (2010). Interpretación, estado y constitución. Lima: Ara Editores.

Guastini, R. (2011). Disposición vs norma. (Trad. por Mar Fernández Pérez). En Pozzolo, S. y Escudero, R. (ed.), *Disposición vs. Norma* (pp. 133-156). Lima: Palestra.

Hernández, R., Fernández, C. y Pilar, B. (2006). Metodología de la investigación. 4a. ed.
México: McGraw-Hill.

Hirsch, H.-J. (1999). Derecho penal. Obras completas (Libro Homenaje). El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. [Traducido al español de *Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht*, 1994]. (149-172). (Trad. por Daniel R. Pastor). T.I. Buenos Aires, Argentina: Rubinzal-Culzoni.

Hörnle, T. (2003). La concepción anticuada de la culpabilidad en la jurisprudencia y doctrina tradicionales de la medición de la pena [Traducido al español de *Das antiquierte Schuldverständnis der traditionellen Strafzumessungsrechtsprechung und- lehre*]. Determinación de la pena y culpabilidad (pp. 37-76). (Trad. por María Martín Lorenzo). Buenos Aires, Argentina: B de F.

Hurtado, J. (1972). La reforma parcial del código penal suizo. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (PUCP), (30), 103-128.
Recuperado de <http://www.revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/6609/6704>

Hurtado, J. (1979). La ley importada. Recepción del derecho penal en el Perú. (pp. 152).
Lima: Cedys.

Hurtado, J. (2005). Manual de derecho penal. Parte general I, 3ª. ed. (1ª. ed., 1978). Lima: Grijley.

Hurtado, J. y Prado, V. (2011). Manual de derecho penal. T. II. 4ª. ed. (1ª. ed., 1978).
Lima: IDEMSA.

Hugo, J. B. (2006). ¿Cómo interpretar el principio de lesividad y el concepto de bienes jurídicos establecidos en el artículo IV del título preliminar del código penal peruano?. *Actualidad Jurídica*, (149), 293-298.

Hassemer, W y Muñoz, F. (1989). Introducción a la criminología y al derecho penal.
(Edición reelaborado y actualizado por F. Muñoz Conde). Valencia, España: Tirant
Lo Blanch.

Hassemer, W. (2006). Prevención general y aplicación de la pena. En Wolfgang Naucke
et al., *Principales problemas de la prevención general*. [Traducido al español de
Hauptprobleme Der Generalprävention, 1979]. (Trad. por Gustavo Eduardo Aboso
y Tea Löw). (Reimp). (pp. 45-82). Buenos Aires, Argentina: B de F.

Igartua, J. (2008). El razonamiento probatorio en el proceso penal. San Salvador, El
Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial
“Dr. Arturo Zeledón Castrillo.”

Igartua, J. (2009). El razonamiento en las resoluciones judiciales. Lima-Bogotá,
Perú-Colombia: Palestra y Temis.

Iñesta, E. (2005). La reforma penal del Perú independiente: el código penal de 1863. En
M. Torres Aguilar (Coord.), *Actas del VX Congreso del Instituto Internacional de*

Historia del Derecho Indiano. Universidad de Córdoba (pp. 1073-1098). Recuperado de <https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/24884/1/CODIGO%20PENAL%20PERU%201863.pdf>

Instituto Nacional Penitenciario (INPE). Oficina General de Planificación-Estadística (2010-2011). Recuperado de <http://www.inpe.gob.pe/contenidos.php?id=532&np=1&direccion=1>

Jurista Editores (octubre, 2009). Código civil, código procesal civil y código de los niños y adolescentes (concordado, sumillado, jurisprudencia y notas). Lima: autor.

Jorge, A. (1999). La motivación en la individualización judicial de la pena. En Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). (Manuales de Formación Continua 4), *Problemas específicos de la aplicación del Código Penal*. (pp. 43-115). Madrid, España: CGPJ.

Jaén, M. (1998). Cuestiones básicas del derecho penal. Buenos Aires, Argentina: Ábaco.

Jefatura del Estado (Marzo 2015). Disposiciones generales. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), (77), 27061-27176. Recuperado de http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/leyes_espa/lo_001_2015.pdf

Jefatura del Estado (Junio 2010). Disposiciones generales. *Boletín Oficial del Estado* (BOE), (152), 54811-54883. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2010/06/23/pdfs/BOE-A-2010-9953.pdf>

- Jiménez De Asúa, L. (1950-¿1992?). Tratado de derecho penal. 5ª. ed. (actualizada). Ts. I y II. (pp. 239-266/11-29). Buenos Aires, Argentina: Losada.
- Jescheck, H.-H. (1993). Tratado de derecho penal. Parte general. [Traducido al español de *Lehrbuch des Strafrechts: all. Teil*. 4a ed. Alemana, 1988] 4ª. ed. (completamente corregida y ampliada). (Trad. por José Luis Manzanares Samaniego). Granada, España: Comares.
- Jescheck, H.-H. y Weigend, T. (2014). Tratado de derecho penal. Parte general. [Traducido al español de *Lehrbuch des Strafrechts: all. Teil*. 5ª. ed. Alemana, 1996]. 1ª. ed. (renovada y ampliada). Vols. I y II. (Trad. por Miguel Olmedo Cardenete). Lima, Perú: Instituto Pacífico.
- Kuhn, T. (2004). La estructura de las revoluciones científicas. [Traducido al español de *The structure of scientific revolutions*, 1962]. 8ª. Reimp. (1ª. ed., 1971). (Trad. por Agustín Contin). Argentina: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de http://www.conductitlan.net/libros_y_lecturas_basicas_gratuitos/t_s_kuhn_la_estructura_de_las_revoluciones_cientificas.pdf
- Landa, C. (Coord.). (2006). Jurisprudencia y doctrina penal constitucional, segundo seminario. Lima: Palestra.
- López Barja, J. (2004). Derecho penal. Parte general, las consecuencias jurídicas del delito, T. III.. Lima: Gaceta Jurídica.

Lascurain, J. (2011). Sobre la igualdad penal. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (21), 57-73.

Lesch, H. (1999). La función de la pena. [Traducido al español de *Der Zweckgedanke im Strafrecht*]. (Trad. por Javier Sánchez-Vera Gómez-Trelles). Madrid, España: Dykinson.

Lifante, I. (2002). Dos conceptos de discrecionalidad jurídica. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, (25), 1-62. Recuperado de <http://www.publicaciones.ua.es/filespubli/pdf/02148676RD35807720.pdf>

Ley N° 30076 de 2013. Por la cual se modifica el Código Penal (diversos artículos), Código Procesal Penal, Código de Ejecución Penal y el Código de los Niños y Adolescentes y crea registros y protocolos con la finalidad de combatir la inseguridad ciudadana. Agosto 18 de 2013. N° 501380 (El Peruano, Normas Legales).

Ley N° 30096 de 2013. Por la cual se regula los delitos informáticos. Octubre 21 de 2013. N° 505484 (El Peruano, Normas Legales).

Ley N° 30030 de 2013. Por la cual se incorpora el artículo 46-D al Código Penal, respecto al uso de menores de edad y personas que padecen anomalía psíquica, grave alteración de la conciencia y alteración de la percepción en la comisión de delitos. Junio 3 de 2013. N° 496429 (El Peruano, Normas Legales).

Ley N° 30364 de 2015. Por la cual se aprueba la Ley para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres y los integrantes del grupo familiar. Noviembre 22 de 2015. N° 567008 (El Peruano, Normas Legales).

Llorca, J. (1996). Manual de determinación de la pena conforme al código penal de 1995. 4ª. ed. Valencia, España: Tirant Lo Blanch.

Magariños, M. (1993). Hacia un criterio para la determinación judicial de la pena. En Julio Maier (Comp.), *Determinación judicial de la pena* (pp. 71-86). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto.

Maier, J. (1995). El ingreso de la reparación como tercera vía al derecho penal argentino. En Julio Maier y Alberto Binder (Comps.), *El derecho penal de hoy, homenaje al profesor David Baigún* (pp. 27-52). Buenos Aires, Argentina: Del Puerto. Recuperado de <https://www.es.scribd.com/doc/109822242/EL-DERECHO-PENAL-DE-HOY-Maier-Julio-y-Binder-Alberto-1>

Matia, F. J. (2000). La caracterización jurídico-constitucional del estado social de derecho. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 20 (60), 343-357.

Monterde, F. (2007). Parte general. Aplicación de las penas [introducción general]. En Cándido Conde-Pumpido (dir.), *Comentarios al Código Penal* [de 1995] (pp. 573-574). T. I. Barcelona, España: Bosch.

Mir, S. (1994). El derecho penal en el estado social y democrático de derecho. Barcelona, España: Ariel.

Mir, S. (1996). Derecho penal. Parte general. 4a. ed. (corregida y puesta al día con arreglo al código penal de 1995) (1ª. ed., 1984). Barcelona, España: Tecfoto.

Mir, S. (2005). Derecho penal. Parte general. 7a. ed. (Reimp.). (1ª. ed., 1984). Montevideo, Uruguay: B de F.

Mir, S. (2006). Estado, pena y delito. Buenos Aires, Argentina: B de F.

Ministerio Público (MP). Fiscalía de la Nación. Anuario Estadístico (2010-2011). Recuperado de <https://www.google.com.pe/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=ministerio%20publico%20anuario%20estad%C3%ADstico%20del%202010>

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (MINJUS) (2012). Casaciones y Acuerdos Plenarios. T. II. Recuperado de <http://www.sistemas3.minjus.gob.pe/sites/default/files/documentos/portada/CASACIONES-Y-ACUERDOS-PLENARIOS.pdf>

Martínez-Pereda, J., González, J., Huelin y Martínez, J., y Gil, J. (1997). Constitución española. Doctrinas del Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo y Tribunal Europeo de Derechos Humanos. 3ª. ed. Madrid, España: Colex.

- Moccia, S. (2003). El derecho penal entre el ser y el valor. Función de la pena y sistemática teleológica. [Traducido al español de *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, 1992]. (Trad. por Antonio Bonanno). Buenos Aires, Argentina: B de F.
- Molina, M.^a C. (1998). La aplicación de la pena. Estudio práctico de las consecuencias jurídicas del delito. 2a. ed. (actualizada). (1^a ed., 1996). Barcelona, España: Bosch.
- Ministerio de Justicia [MINJUS]. (2015). Nuevo Código Procesal Penal [Código Procesal Penal]. Recuperado de <http://spij.minjus.gob.pe/CLP/contenidos.dll?f=templates&fn=default-nuevocodprocpenal.htm&vid=Ciclope:CLPdemo>
- Montoya, S. (2010). Peligro procesal y debido proceso. Lima: San Marcos EIRL.
- Noya, J. (2003). Origen, justificación y naturaleza de la pena. En Cancino, A. J. (Comp.). *Derecho penal y sistema acusatorio en Iberoamérica*, Homenaje a Fernando Hinestrosa 40 años de rectoría 1963-2003. VII Sesión de la Comisión Redactora del Código Penal Tipo Iberoamericano (pp. 23-28). Bogotá, Colombia: Cordillera.
- Naucke, W. (2006). Prevención general y derechos fundamentales de la persona. En W. Hassemer et al., *Principales problemas de la prevención general*. [Traducido al español de *Hauptprobleme Der Generalprävention*, 1979]. (Trad. por Gustavo Eduardo Aboso y Tea Löw). (Reimp). (pp. 15-44). Buenos Aires, Argentina: B de F.

- Prado, V. (2001). La determinación judicial de la pena. En Academia de la Magistratura, *Derecho Penal: II Nivel*. Programa de Capacitación Académica para el Ascenso de Vocales y Fiscales Supremos-PCA (pp. 5-29). Lima: Academia de la Magistratura-AMAG.
- Prado, V. (2007). Seminario taller: nuevos criterios para la determinación judicial de la pena. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/01999a8046ed23428cfbec199c310be6/T1-la+determinacion+judicial+de+la+pena.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=01999a8046ed23428cfbec199c310be6>
- Prado, V. (2010). Determinación judicial de la pena y acuerdos plenarios. Lima: IDEMSA.
- Prado, V. (2011). Las consecuencias jurídicas del delito en el anteproyecto de reforma del código penal 2009. En Anuario de Derecho Penal 2009, la reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú (pp. 132-136). Recuperado de https://www.perso.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_2009_06.pdf
- Pérez, M. (2006). La evolución de la jurisprudencia penal en el Perú (2001-2005). T. I. pp. 603-607. Lima: Ediciones Iuris Consulti y San Marcos.
- Pérez, A. E. (2007). Dimensiones de la igual formal. En González-Tablas, R. (ed.). *Dimensiones de la igualdad* (pp.15-36). 2ª. ed. Madrid, España: Dykinson.

Peña, R. (1997). Tratado de derecho penal. Estudio programático de la parte general. 3a. ed. (corregida y aumentada). (1ª. ed., 1994). Lima: Grijley.

Peña, A. (2009). La determinación judicial de la pena en la sentencia contra Fujimori. *Actualidad Jurídica*, (186), 125-134.

Peña, A. (2015). El proceso de determinación e individualización de la pena en el sistema de “tercios”. *Gaceta Penal&Procesal Penal*, (69), 122-137.

Pérez, E. J. (1995). Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes “indeterminadas” en los delitos contra la propiedad y el patrimonio. Madrid, España: Edersa.

Prieto, L. (2007). La filosofía penal de la ilustración. Lima: Palestra.

Primera Sala Penal Especial. Corte Superior de Justicia de Lima, Sentencia Exp. N° 85-2008. (pp. 1-374). Recuperado de http://idehpucp.pucp.edu.pe/images/documentos/anticorrupcion/jurissprudencia/sentencia_exp085-2008_11-01-2011_sotero-navarro.pdf

Pizzi, W. T. (s.f.). El caos producido por el fallo “Blakely vs Washington” de la Corte Suprema de los Estados Unidos en el sistema de medida de la pena (pp. 77-92). Recuperado de https://lawweb.colorado.edu/profiles/pubpdfs/pizzi/argentinian_article.pdf

Poder Judicial (2008). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 5-2008/CJ-116. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/117bb8004075b9d0b63ff699ab657107/Acuerdo+Plenario+5-2008+.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=117bb8004075b9d0b63ff699ab657107>

Poder Judicial (2008). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 1-2008/CJ-116. Recuperado de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/d63f9f804bc529b18c57dd40a5645add/Acuerdo+Plenario+1-2008.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=d63f9f804bc529b18c57dd40a5645add>

Poder Judicial (2009). Sala Penal Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 8-2009/CJ-116. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/6b4c4f804bbfc46b8fe8df40a5645add/ACUERDO_PLENARIO_08-2008-CJ-16_301209.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=6b4c4f804bbfc46b8fe8df40a5645add

Poder Judicial (2010). Salas Penal Permanente y Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, Acuerdo Plenario N° 2-2010/CJ-116. Recuperado de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/45fcff004bbfae358b40db40a5645add/ACUERDO_PLENARIO_PENAL_02_151210.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=45fcff004bbfae358b40db40a5645add

- Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. (Octubre 2013). *Boletín Oficial de las Cortes Generales*, (66-1), 1-100. Recuperado de http://www.congreso.es/public_oficiales/L10/CONG/BOCG/A/BOCG-10-A-66-1.PDF
- Roy, L. E. (2011). La irracionalidad de las penas y sus correctivos jurídicos. En Torres Caro, C. (Comp.). *El nuevo Código Penal peruano* (pp. 677-694). Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.
- Ramos, M.^a I. (1999). El control del arbitrio judicial en la individualización de la pena. *Cuadernos de Política Criminal*, (69), 613-633.
- Righi, E. (2010). Derecho penal, parte general. 2^a. Reimp. (1a. ed.). Buenos Aires, Argentina: Abelardo Perrot.
- Rodríguez-Ramos, G. (2007). Relato de reformas y artículos reformados, arts. 32 a 68, 70 a 94 y 290 a 318bis, recopilación de leyes penales especiales y complementarias, e índice analítico. En Rodríguez, L. (Coord.), *Código Penal concordado con jurisprudencia sistematizada y leyes penales especiales y complementarias* (pp. 200-207). 2^a. ed. Madrid, España: La Ley.
- Rojas, F. (2012). Código penal. Dos décadas de jurisprudencia. T. III. Lima: Ara Editores.
- Rojas, V. M. (2006). Cuatro paradigmas de la epistemología jurídica (pp. 385-420). Recuperado de <https://www.revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/juridica/article/viewFile/11638/10648>

- Rorty, R. (1967/1998). El giro lingüístico: dificultades metafilosóficas de la filosofía lingüística. [Traducido al español de *The Linguistic Turn: Recent Essays in Philosophical Method*] (Reimp.). (1ª. ed., 1990). (Trad. por Gabriel Bello). Barcelona, España: Paidós.
- Roxin, C. (1981). Culpabilidad y prevención en derecho penal. (Trad. por Francisco Muñoz Conde). Madrid, España: Reus.
- Roxin, C. (1993). Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad. En Julio Maier (Comp.), *Determinación judicial de la pena* (pp. 15-49). Buenos Aires, Argentina: del Puerto.
- Roxin, C. (1998). Dogmática penal y política criminal. (Trad. por Manuel Abanto Vázquez). Lima: IDEMSA.
- Roxin, C. (2007). ¿Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del derecho penal?. [Traducido al español de *Rechtsgüterschutz als Aufgabe des Strafrechts?*]. (Trad. por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno). En Roland Hefendehl (Ed.), *La Teoría del Bien Jurídico*. [Traducido al español de *Die Rechtsgutstheorie. Badem-Badem: Nomos Verlagsgesellschaft*, 2003]. (pp. 453-458). Madrid, España: Marcial Pons.
- Roxin, C. (2013). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. [Traducido al español de *Der gesetzgebungskritische Rechtsgutsbegriff auf dem Prüfstand*]. (Trad. por Manuel Cancio Meliá). *Gaceta Penal & Porcesal Penal*, (50), 307-329.

Ramos, C. (2014). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Grijley.

Serrano-Piedecasas, J. (1999). *Conocimiento científico y fundamentos del derecho penal*. Lima: Grafica Horizonte.

Sierra, R. (2003). *Tesis doctorales y trabajos de investigación científica*. 5ª. ed. Madrid, España: Thomson.

Schünemann, B. (2007). ¡El derecho penal es la última ratio para la protección de bienes jurídicos! Sobre los límites inviolables del derecho penal en un Estado liberal de derecho. [Traducido al español de *Das Strafrecht ist letzte Ausweg für den Schutz der Rechte! Auf den unverletzlichen Grenzen des Strafrechts in einem liberalen Rechtsstaat*] (pp. 21-24). (Trad. por Ángela de la Torre Benítez). Bogotá; Colombia: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

Sala Penal Especial (2009). Corte Suprema de Justicia de la República, Exp. N° A. V. 19-2001, 7 de abril de 2009. Recuperado de http://derechoshumanos.pe/wp-content/fujimori/sentencia/P3C3_Pena.pdf

Silva Sánchez, J.-M. (2007). La teoría de la determinación de la pena como sistema (dogmático): un primer esbozo. *InDret Revista para el Análisis del Derecho* (pp. 1-15). Recuperado de <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/78588/102664>

- Silva, J.-M., Baldó, F. y Corcoy, M. (1997). Casos de la jurisprudencia penal con comentarios doctrinales: parte general. 2a. ed. Barcelona, España: Bosch.
- Silva, J.-M. & Suárez, C. (2001). La dogmática penal frente a la criminalidad en la administración pública y otros problemas actuales del derecho penal. Lima: Grijley.
- Talavera, P. (2010). La sentencia penal en el nuevo código procesal penal, su estructura y motivación. Lima: Cooperación Alemana al Desarrollo-GTZ.
- Terradillos, J. M. (1995). Incidencia de la posición o situación personal, pública o privada, en la responsabilidad criminal. En Consejo General del Poder Judicial (CGPJ). (Cuadernos de Derecho Judicial), *Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal* (pp. 69-89). Madrid, España: CGPJ.
- Tamarit, J. (1998). La víctima en el derecho penal: de la victimo-dogmática a una dogmática de la pena. Navarra, España: Aranzadi SA.
- Taruffo, M. (2009/2010). Simplemente la verdad, el juez y la construcción de los hechos, [traducida al español de *La semplice verità. Il giudice e la costruzione dei fatti*]. (Trad. por Daniela Accatino Scagliotti). Madrid, España: Marcial Pons.
- Taruffo, M. (2011). La motivación de la sentencia civil. [Traducido al español de *La motivazione della sentenza civile*]. (Trad. por Lorenzo Córdova Vianello). Madrid, España: Trotta.

Toyohama, M. O. (2008). *La aplicación de la pena y su motivación en el sistema judicial peruano: el caso de las sentencias en la Corte Superior de Justicia de Lima Norte* (Tesis de maestría). Universidad Nacional Mayor de San Marcos (UNMSM), Lima, Perú.

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (11 de setiembre de 2012) Exp. N° 02637-2011-PHC/TC [Urviola Hani, Calle Hayen, Eto Cruz y Masía Ramírez]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/02637-2011-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (12 de agosto de 2002) Exp. N° 1091-2002-HC/TC [Rey Terry, Revoredo Marsano, García Toma, Bardelli Lartirigoyen, Gonzales Ojeda y Alva Orlandini]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01091-2002-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (14 de noviembre de 2005) Exp. N° 8125-2005-PHC/TC [Alva Orlandini, García Toma, Gonzales Ojeda y Landa Arroyo]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/08125-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Tribunal Constitucional. (16 de enero de 2007) Exp. N° 9811-2006-HC/TC [Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen y Mesía Ramírez]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/09811-2006-HC.pdf>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (29 de marzo de 2006) Exp. N° 0004-2006-PI/TC [Alva Orlandini, García Toma, Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00004-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional [Voto singular]. (23 de noviembre de 2004)

Exp. N° 2758-2004-HC/TC [Juan Bardelli Lartirigoyen]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02758-2004-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional [Voto dirimente]. (5 de junio

de 2014) Exp. N° 02546-2012-PHC/TC [Mesía Ramírez y Eto Cruz]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02546-2012-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (21 de noviembre del 2007) Exp. N°

00027-2006-PI/TC [Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Mesía Ramírez, Eto Cruz y Álvarez Miranda]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00027-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (11 de noviembre del 2003) Exp. N°

0008-2003-AI/TC [Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano y García Toma]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00008-2003-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional [Voto singular]. (11 de mayo de 2005) Exp.

N° 1744-2005-PA/TC [González Ojeda y Alva Orlandini]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01744-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (17 de octubre de 2005) Exp. N°

6712-2005-HC/TC [Alva Orlandini, García Toma, Gonzales Ojeda, Bardelli

Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/06712-2005-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (27 de marzo de 2006) Exp. N° 01480-2006-AA/TC [García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01480-2006-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno jurisdiccional. (18 de diciembre de 2007) Exp. N° 10087-2005-PA/TC [Mesía Ramírez, Landa Arroyo, Álvarez Miranda, Vergara Gotelli, Beaumont Callirgos, Calle Hayen y Eto Cruz]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/10087-2005-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno jurisdiccional. (9 de agosto de 2006) Exp. N° 003-2005-PI/TC [García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00003-2005-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (11 de diciembre de 2006) Exp. N° 3943-2006-PA/TC [García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03943-2006-AA%20Resolucion.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (15 de diciembre de 2006) Exp. N° 0012-2006-PI/TC [García Toma, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli

Lartirigoyen, Landa Arroyo, Vergara Gotelli y Mesía Ramírez]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/00012-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (21 de julio de 2005) Exp. N° 0019-2005-PI/TC [Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, García Toma, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo, Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00019-2005-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (18 de febrero de 2005) Exp. N° 3179-2004-AA/TC [Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, García Toma, Bardelli Lartirigoyen, Landa Arroyo y Vergara Gotelli]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03179-2004-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (13 de octubre de 2008) Exp. N° 00728-2008-PHC/TC [Mesía Ramírez, Vergara Gotelli, Landa Arroyo, Beaumont Callirgos, Calle Hayen, Eto Cruz y Álvarez Miranda]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/00728-2008-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (19 de enero de 2007) Exp. N° 0014-2006-PI/TC [Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini y Mesía Ramírez]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/00014-2006-AI.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (24 de octubre de 2011) Exp. N° 02974-2010-PA/TC [Mesía Ramírez, Álvarez Miranda, Beaumont Callirgos,

Urviola Hani, Vergara Gotelli, Calle Hayen y Eto Cruz]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2011/02974-2010-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (25 de enero de 2012) Exp. N° 00037-2012-PA/TC [Álvarez Miranda, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Urviola Hani]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/00037-2012-AA.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (23 de abril de 2012) Exp. N° 02462-2011-PHC/TC [Álvarez Miranda, Vergara Gotelli y Beaumont Callirgos]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2012/02462-2011-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno jurisdiccional. (12 de diciembre de 2012) Exp. N° 00008-2012-PI/TC [Álvarez Miranda, Urviola Hani, Mesía Ramírez, Beaumont Callirgos y Eto Cruz]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00008-2012-AI.pdf>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (22 de mayo de 2013) Exp. N° 00207-2013-PHC/TC [Vergara Gotelli, Álvarez Miranda, Eto Cruz, Mesía Ramírez y Urviola Hani]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2013/00207-2013-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno del Tribunal Constitucional. (20 de noviembre de 2014) Exp. N.° 08439-2013-PHC/TC [Urviola Hani, Blume Fortini, Sardón De Taboada y Ramos Núñez]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2015/08439-2013-HC.html>

Tribunal Constitucional, Pleno Jurisdiccional. (3 de enero de 2003) Exp. N.º

010-2002-AI/TC [Alva Orlandini, Gonzales Ojeda, Bardelli Lartirigoyen, Rey Terry, Aguirre Roca, Revoredo Marsano y García Toma]. Recuperado de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2003/00010-2002-AI.html>

Universidad Externado de Colombia (1999). Código penal alemán. [Traducido al español de *Strafgesetzbuch-StGB*, 32ª cd. En 1998]. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/obrasjuridicas/oj_20080609_13.pdf

Urquiza, J. (2010). Código penal: doctrina, jurisprudencia, concordancias y evolución legislativa. T. I. Lima: Idemsa.

Velásquez, F. (2008). Los criterios de determinación de la pena en el c. p. peruano de 1991. Justicia penal y la aplicación de la pena. Pontifica Universidad Católica del Perú. Lima. Recuperado de https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080527_30.pdf

Velásquez, F. (2015). La determinación de la sanción penal. En Prado Saldarriaga et al., *Determinación judicial de la pena* (pp. 101-214). Lima: Instituto Pacífico.

Velásquez, P. (2009a). La discrecionalidad del juez en la determinación judicial de la pena. *Actualidad Jurídica*, (189), 121-127.

Velásquez, P. (2009b). La discrecionalidad judicial de la pena en el caso Magaly Medina. *Actualidad Jurídica*, (183), 108-112.

Villavicencio, F. (2006). Derecho penal: parte general. Lima: Grijley.

Vives, T. S. (2011). Fundamentos del sistema penal. 2a. ed. (1a. ed., [1996?]). Valencia, España: Tirant lo Blanch.

Van Weesel, A. (1997). Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena. *Revista Chilena de Derecho*. 24 (3), 459-502. Recuperado de <https://www.dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2649928.pdf>

Yaipen, V. (2011). El derecho al recurso, la seguridad jurídica y la igualdad jurídica. *Gaceta Penal & Procesal Penal*, (27), 28-49.

Zipf, H. (1995). Las consecuencias jurídicas del hecho. En Reinhart Maurach et al., *Derecho penal. Parte general*. [Traducido al español de *Strafrecht Allgemeiner Teil. Teilband 2, Erscheinungsformen des Verbrechens und Rechtsfolgen der Tat*, 1989]. T. 2. 7a. ed. (Trad. por Jorge Bofill Genzsch). Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Zaffaroni, E., Alagia, A. y Slokar, A. (2002). Derecho penal: parte general. 2ª. ed. Buenos Aires, Argentina: Ediar.

Ziffer, P. S. (1996). Lineamientos de la determinación de la pena. 1a. ed. Buenos Aires, Argentina: Ad Hoc.

Ziffer, P. S. (1993). Consideraciones acerca de la problemática de la individualización de la pena. En Julio Maier (Comp.), *Determinación judicial de la pena* (pp. 89-110). Buenos Aires: del Puerto.

Zugaldía, J. (1993). Fundamentos de derecho penal, parte general. 3ª. ed. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

ANEXOS

1. OFICIO DE AUTORIZACIÓN DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE
LIMA

- a. Oficio N° 9844-2013-SG-CSJLI/PJ y Proveído [Ingreso] N° 91380-2013 con
fecha 4 de noviembre de 2013.
- b. Oficio N° 10630-2013-SG-CSJLI/PJ y Proveído [Ingreso] N° 91380-2013 con
fecha 20 de noviembre de 2013.



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lima

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

Lima, 04 de noviembre de 2013

Oficio N° 9844-2013-SG-CSJLI/PJ

Señor:

JHONNY CARLOS GARCIA AQUINO

Domicilio: Av. Manuel Echeandía N° 302 - San Luis

Presente.

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a fin de NOTIFICARLE copia del proveído emitido en la fecha, en atención al escrito presentado por su persona de fecha 30/10/2013, para su conocimiento y fines pertinentes.

Sin otro particular,

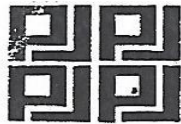
Atentamente;

 
RENATO PAUL COBOS QUENAYA
Secretario General
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

RPCQ/sg
Ingreso N° 91380-2013

Corte Superior de Justicia de Lima
"Judicatura Digna, Democrática e Institucional"
Secretaría General

Av. Abancay cuadra 8 s/n Edificio Javier Alzamora Valdez Piso 11 - Lima 01
Teléfono (511) 4101818 anexos 13130 - 13131 - FAX (511) 4261859



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lima
Secretaría General

INGRESO N° 91380-2013

Lima, cuatro de noviembre
del dos mil trece.-

Dado cuenta de la solicitud presentada por el señor Jhonny Carlos García Aquino, solicitando autorización para lectura de expedientes en materia penal de los años 2010 y 2011; en consecuencia: **PÓNGASE EN CONOCIMIENTO** la solicitud a los **Juzgados Penales de esta Corte**, para los fines pertinentes; correspondiendo a los magistrados la concesión expresa del acceso de lo requerido, circularizándose por Secretaría General; **oficiándose.**




RENATO PAUL COBOS QUENAYA
Secretaría General
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

RPCQ/sg.

"Judicatura Digna, Democrática e Institucional"



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lima

"Año de la Inversión para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria"

Lima, 20 de noviembre de 2013

Oficio N° 10630-2013-SG-CSJLI/PJ

Señor:

JHONNY CARLOS GARCIA AQUINO

Domicilio: Av. Manuel Echeandía N° 302 - San Luis

Presente.-

Tengo el agrado de dirigirme a Usted, a fin de NOTIFICARLE copia del proveído emitido en la fecha, en atención al escrito presentado por su persona de fecha 18/11/2013, para su conocimiento y fines pertinentes.

Sin otro particular.

Atentamente;



RENAO PAUL COBOS CUENAYA
Secretario General
Corte Superior de Justicia de Lima

RPCQ/sg

Ingreso Anterior N° 91380-2013

Corte Superior de Justicia de Lima

"Judicatura Digna, Democrática e Institucional"

Secretaría General

Av. Abancay cuadra 9 s/n Edificio Javier Alzamora Valdez Piso 11 - Lima 01
Teléfono (511) 4101818 anexos 13130 - 13131 - FAX (511) 4261859



PODER JUDICIAL DEL PERÚ

Corte Superior de Justicia de Lima
Secretaría General

INGRESO ANTERIOR N° 91380-2013

Lima, veinte de noviembre
del dos mil trece.-

Dado nueva cuenta de la solicitud presentada por el señor Jhonny Carlos García Aquino; estando al mérito de lo requerido: **PÓNGASE EN CONOCIMIENTO** la solicitud a las Salas Penales para Procesos con Reos Libres y Cárcel de esta Corte, para los fines pertinentes; correspondiendo a los magistrados la concesión expresa del acceso de lo requerido, circularizándose por Secretaría General; oficiándose y notificándose.



RENATO PAUL COBOS QUENAYA
Secretario General
CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA

RPCQ/sg

"Judicatura Digna, Democrática e Institucional"

2. OFICIO DE AUTORIZACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

[FISCALÍAS PENALES SUPERIORES]

Oficio Circular N° 004-2013-MP-FN-EMP de fecha 27 de diciembre de 2013.



MINISTERIO PÚBLICO
ESCUELA DEL MINISTERIO PÚBLICO

02 ENE. 2014
RECIBIDO
Año de la Investigación para el Desarrollo Rural y la Seguridad Alimentaria de Lima

MINISTERIO PÚBLICO
Segunda Fiscalía Superior
en lo Penal de Lima
02 ENE 2014
RECIBIDO
Dra. 9.37

OFICIO CIRCULAR N° 004 -2013-MP-FN-EMP

Lima, 27 DIC. 2013

Señor (a) Doctor (a)
FISCAL SUPERIOR DE LA ESPECIALIDAD DEL ÁREA PENAL
Distrito Fiscal de Lima
Presente.

MINISTERIO PÚBLICO
Tercera Fiscalía Superior
en lo Penal de Lima
02 ENE. 2014
RECIBIDO
Firma: _____

02 ENE. 2014

RECIBIDO

02 ENE. 2014

De mi mayor consideración:

Tengo el agrado de dirigirme a usted, para saludarlo muy atentamente y manifestarle que de acuerdo con el Despacho de la Fiscalía de la Nación y del que suscribe, se autoriza a Jhonny García Aquino, egresado de la Maestría en Derecho con mención en Ciencias de la Investigación de tesis presentada, para acceder al grado académico de magister de la 27 universidad mencionada.

Jhonny García Aquino, coordinará con su asistente, a fin de brindarle las consideraciones pertinentes, atender el requerimiento efectuado por el particular.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para renovar, los sentimientos de mayor estima y

MINISTERIO PÚBLICO
5ª FISCALÍA SUPERIOR PENAL DE LIMA
REDES EN CARCEL
Muy atentamente,
2 ENE. 2014
RECIBIDO
Firma: _____

MINISTERIO PÚBLICO
27 DIC 2013
RECIBIDO

MINISTERIO PÚBLICO
Oficina Fiscal Superior Penal de Lima

28 DIC. 2013

RECIBIDO
02 ENE 2014
Firma: _____

MINISTERIO PÚBLICO
Oficina Fiscal Superior Penal de Lima
02 ENE. 2014
RECIBIDO
Firma: _____

3). ENCUESTA-MODELO A JUECES Y FISCALES PENALES

ENCUESTA-CUESTIONARIO PARA JUECES Y FSCALES PENALES⁽⁵³⁷⁾

1. ¿Cómo Ud. gradúa la pena usualmente en el caso concreto?

- a). Siguiendo un determinado procedimiento (etapas) y aplicando los artículos 45° y 46° del CP.
- b). Sin ningún tipo de procedimiento, aplicando los artículos 45° y 46° del CP.
- c). Siguiendo un determinado procedimiento y aplicando además de los artículos 45° y 46°, otros artículos del CP.
- d). Aplicando todos los articulados del CP relacionados a la determinación judicial de la pena.

2. ¿Ud. encuentra dificultades en el momento de la graduación judicial de la pena?

A). Sí. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). La ausencia de suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena.
- b). No existe una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena.
- c). No existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente.
- d). Ninguna de las anteriores.

B). No. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). Existe suficiente normatividad relacionada a la determinación judicial de la pena.

(537) Nota:

- La presente encuesta-cuestionario es para obtener el grado académico de Magister con Mención en Ciencias Penales por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos (Unidad de Postgrado de Derecho); y forma parte del proyecto de investigación titulado: “La Determinación Judicial de la Pena en el Proceso Penal Peruano; A propósito de la Inoperatividad Funcional del Esquema de Determinación de la Pena Establecido en el Código Penal de 1991”.
- Cuando se hace referencia a la graduación judicial de la pena se debe entender solo a los delitos de robo en la modalidad agravada, violación sexual de menor de edad y homicidio calificado (asesinato o parricidio).
- Los jueces y fiscales penales que se seleccionaron para el estudio (encuesta) no se eligieron por su nombre sino, al azar.
- Tus respuestas serán confidenciales y anónimas.
- Las opiniones de todos los encuestados serán sumados e incluidos en la tesis profesional, pero nunca se comunicarán datos individuales.
- Le pedimos que conteste la presente encuesta-cuestionario con mayor sinceridad posible.

- b). Existe una normatividad adecuada respecto a la determinación judicial de la pena.
- c). Existe una adecuada capacitación técnico-profesional respecto a la determinación judicial de la pena por parte de la institución correspondiente.
- d). Ninguna de las anteriores.

3. ¿Cuáles son las razones de la ausencia de una adecuada motivación y fundamentación de la determinación judicial de la pena?

- a). La ley no lo menciona.
- b). Lo importante es que la pena sea justa.
- c). No estamos debidamente capacitados para ello.
- d). Los casos son muy complejos.

4. ¿Cree Ud. que en ciertos casos, la conminación legal de la pena privativa de libertad resulta desproporcionada?

A). No. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). Es adecuada y proporcional a la gravedad del hecho cometido.
- b). En todos los casos.
- c). Existe adecuada determinación legal de la pena.
- d). Existe una inadecuada graduación judicial de la pena.
- e). Ninguna de las anteriores.

B). Sí. Precise su respuesta marcando una de las siguientes alternativas:

- a). Existe una inadecuada determinación legal de la pena.
- b). Existe una inadecuada graduación judicial de la pena.
- c). Son complejos y difíciles de graduar la pena adecuadamente.
- d). Existe una inadecuada motivación y fundamentación de la pena.
- e). Ninguna de las anteriores.

5. ¿Cuál de los siguientes sistemas de determinación judicial de la pena cree Ud. razonablemente, es la más adecuada a nuestra realidad?

- a) El actual sistema o modelo (antes de la modificatoria mediante Ley N° 30076).
- b) El sistema de tercios introducido mediante Ley N° 30076.

- c) El sistema de cuartos que estaba previsto en el Anteproyecto de Código Penal de 2004.
- d) Otro sistema o modelo (Precise)